Série

Grandes Eventos do IDP

ORGANIZADORES

Gilmar Ferreira Mendes

Paulo Gustavo Gonet Branco

GRANDES EVENTOS DO IDP: DIREITO CONSTITUCIONAL II

1ª Edição, 2017

CONFERENCISTAS

André Luís de Carvalho

Carlos Blanco de Morais

Fábio Lima Quintas

Ives Gandra da Silva Martins Filho

Jorge Miranda

José Melo Alexandrino

Paulo Afonso Brum Vaz

Organização

Gilmar Ferreira Mendes
Paulo Gustavo Gonet Branco

GRANDES EVENTOS DO IDP: DIREITO CONSTITUCIONAL II

1ª edição

Conferencistas:

André Luís de Carvalho

Carlos Blanco de Morais

Fábio Lima Quintas

Ives Gandra da Silva Martins Filho

Jorge Miranda

José Melo Alexandrino

Paulo Afonso Brum Vaz

IDP
Brasília
2017

APRESENTAÇÃO

Gilmar Ferreira Mendes
Paulo Gustavo Gonet Branco

Esta publicação apresenta os trabalhos e palestras do II Seminário Luso-Brasileiro de Direito cujo tema foi *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais: interface Portugal/Brasil*, que ocorreu na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL) e é uma realização do mestrado acadêmico do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), em parceria com a Associação dos Juízes Federais do Rio Grande do Sul (AJUFERGS).

De início, o Ministro do Tribunal de Contas da União, André Luis de Carvalho apresenta reflexão sobre as cooperativas de interesse público com comparação entre o sistema jurídico lusitano e o brasileiro, com enfoque no controle financeiro. Seguido pelo Professor Doutor e Catedrático da Faculdade de Direito de Lisboa, Carlos Blanco de Morais, o autor explana sobre os conflitos entre a justiça constitucional e o legislador. Neste viés, assume crítica acerca das barreiras estruturais do próprio Estado como limitador dos avanços sociais necessários a uma Nação. Mais adiante, o Professor vinculado ao programa de mestrado do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP – Brasília-DF); doutor em Direito do Estado (Direito Constitucional) pela Universidade de São Paulo; mestre em Direito e Estado pela Universidade de Brasília, Fábio Lima Quintas discute a dimensão do princípio da separação dos poderes levando a crer que a tutela dos direitos sociais pelo Judiciário e o controle jurisdicional de políticas públicas, não obstante seja inerente ao Estado Democrático de Direito não deveria estar tão condicionado, ou restrito a um só Poder. Ao mais, Ives Gandra da Silva Martins Filho, Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul; mestre em Direito pela Universidade de Brasília; professor do Instituto Internacional de Ciências Sociais (IICS) e da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho (Enamat); Ministro Presidente do Tribunal Superior do Trabalho traduz a Racionalização do sistema de julgamento nas instâncias extraordinárias com a aplicação vigorosa dos mecanismos alternativos de composição dos conflitos, contra a burocratização e lentidão da justiça brasileira. Quando do seminário sobre mutações constitucionais promovido pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, o Professor Jorge Miranda, Doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de

Lisboa e da Universidade Católica Portuguesa apresenta o fenômeno da modificação das constituições por meio da caducidade. Já o Professor José Melo Alexandrino, doutor e mestre em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa propõe reflexão acerca do Estado social, pensando em sua decadência e ressurgimento. Já encaminhando para o final, Paulo Afonso Brum Vaz Doutor em Direito Público pela Universidade do Vale dos Sinos (Unisinos) e Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, o autor ao relembrar a história de construção do Estado de Bem-Estar Social, seu colapso e a necessidade de atualização entre as exigências do mercado e as necessidades sociais dos cidadãos, procura reafirmar que o equilíbrio está em um capitalismo mais humano.

Ótima leitura!

Sumário

Cooperativismo no Brasil: relações com a administração pública federal na provisão de serviços públicos atinentes a direitos fundamentais sociais, segundo a ótica do controle financeiro

André Luís de Carvalho

Ministro-Substituto do Tribunal de Contas da União; Professor de Direito Administrativo no curso de pós-graduação *lato sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP); Mestrando em Direito Econômico, Financeiro e Tributário pela Universidade Católica de Brasília.

RESUMO: Em Portugal, existe a possibilidade de associação entre o poder público e as entidades da sociedade civil, a fim de serem formadas cooperativas que exerçam serviços públicos não exclusivos, ou seja, que não estão atrelados a direitos fundamentais sociais. Dessa forma, o Professor André Luís de Carvalho apresenta, por meio da ilustração das cooperativas de interesse público, uma comparação entre os sistemas jurídicos português e brasileiro, levando em conta suas particularidades.

INTRODUÇÃO

Logo de início, por dever de justiça, devo parabenizar o Instituto Brasiliense de Direito Público e a Universidade de Lisboa pela salutar iniciativa de promoverem este II Seminário Luso-Brasileiro de Direito.

No presente painel, que trata de: "A sustentabilidade do Estado Social: Direitos Fundamentais Sociais, Democracia e Cooperativismo", passo a discorrer sobre o tema: "Cooperativismo no Brasil: relações com a administração pública federal na provisão de serviços públicos atinentes a direitos fundamentais sociais, segundo a ótica do controle financeiro", mantendo o foco nos aspectos ligados à minha área de atuação profissional e acadêmica, qual seja, a do controle financeiro exercido pelo Tribunal de Contas da União (TCU) no Brasil.

Assim, a título de referencial didático como motivação para o presente trabalho, peço licença para, introdutoriamente, transcrever parte da matéria jornalística lusitana divulgada por Rui Miguel Graça, no *Correio do Minho*, em 2014, sob o título “Barcelos cria cooperativa para fazer face a decisão do Tribunal de Contas”, por meio da qual se destacou que:

> Depois do Tribunal de Contas ter chumbado a proposta da Câmara Municipal de Barcelos de fundir as empresas municipais, com o argumento de não ter viabilidade econômica e financeira, o executivo liderado por Miguel Costa Gomes decidiu avançar para uma proposta distinta e pouco usual nas gestões autárquicas, isto é, a criação de uma *régies cooperativas* [cooperativas de interesse público] que vai gerir as pastas do desporto, cultura e educação no conselho (...).

A partir dessa matéria, observa-se que, em Portugal, o poder público pode se associar a entidades da sociedade civil com o intuito de criarem cooperativas de interesse público destinadas a promover, em regime de cooperativismo por economia social, a prestação de alguns serviços públicos não exclusivos, isto é, relativos a direitos fundamentais sociais.

Por esse prisma, tomando a figura das cooperativas de interesse público como referencial didático para a subsequente comparação entre o sistema jurídico lusitano e o brasileiro, é que devo, inicialmente, tecer breves considerações sobre o controle financeiro.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA SOBRE O CONTROLE FINANCEIRO

No contexto da teoria da firma e do conflito principal-agente, o controle financeiro assenta a sua fundamentação teórica sobre a necessidade de a entidade arcar, quer na administração privada, quer na administração pública, com os custos de monitoramento tendentes a limitar as atividades irregulares do agente, assim entendido, respectivamente, como o diretor, no ente privado, ou como o governo, no ente público, buscando assegurar que os interesses desses agentes convirjam para os interesses do principal, assim entendido, respectivamente, como o sócio ou como a sociedade civil.

É nesse cenário, aliás, que se desenvolvem as atividades de controle interno e de auditoria interna, que, respectivamente, correspondem a procedimentos de organização adotados como planos permanentes da empresa e a trabalhos organizados de revisão e apreciação dos controles internos. Anote-se que, em toda ação empresarial, são definidos procedimentos de controle interno, os quais podem ser materializados, por exemplo, no

cumprimento de horários, no preenchimento de formulários ou mesmo no estabelecimento de uma cadeia de comando, sem prejudicar que, paralelamente, os procedimentos de auditoria interna também sejam definidos, materializando-se, por exemplo, na verificação do cumprimento e do funcionamento daqueles controles.

Por esse ângulo, a auditoria, na dimensão dos processos, configura-se como elemento-chave para o estabelecimento da governança corporativa ou mesmo da governança pública, tendendo a resultar numa maior aproximação entre o interesse do principal e o do agente, ao tempo em que essa mesma auditoria, agora na dimensão dos princípios, revela os padrões almejados e alcançados de prestação de contas e responsabilização (*accountability*), de senso de justiça (*fairness*), de transparência (*disclosure*) e de conformidade com as normas (*compliance*), evidenciando os quatro valores clássicos basilares da governança, corporativa ou pública.

No Brasil, dentro dessa moldura epistemológica, o controle externo financeiro sobre os recursos federais é exercido pelo TCU, em auxílio ao Congresso Nacional, nos termos, por exemplo, do artigo 71, incisos I e II, da Constituição de 1988, que, entre outros incisos, aduz:

> Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:
> I – apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;
> II – julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público; (...).

Importante lembrar que, além de estabelecer a distinção técnica existente entre: *i*) fiscalização e controle; *ii*) controle gerencial e controle financeiro; e *iii*) aspectos e objetos do controle financeiro, o artigo 70 da Constituição Federal de 1988 (CF/88) traça os contornos institucionais para o exercício do controle financeiro pelo TCU, quando determina:

> Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder (...).

Bem se sabe que a distinção técnica existente entre fiscalização e controle é revelada pelo exercício das atividades que lhes são inerentes, de sorte que, por meio da atividade de fiscalização, se promove a verificação da gestão financeira, ao tempo em que, pela atividade de controle, se promovem não apenas a aludida verificação, mas também a atuação corretiva ou até sancionadora sobre os gestores públicos.

Por seu turno, a distinção técnica existente entre controle gerencial e controle financeiro é desvendada pelo campo de atuação das atividades que lhes são inerentes, destacando-se, por exemplo, que no gerencial se controlaria o ato de concessão de férias, ao passo que, no financeiro se controlaria o ato de pagamento dessas férias.

Observa-se, enfim, que a distinção técnica existente entre os aspectos e os objetos do controle financeiro também é apontada pelo aludido artigo 70 da CF/88, de modo que tal controle se desenvolve sob os aspectos da fiscalização de regularidade e da fiscalização operacional, além de se estender sobre o objeto: *i*) contábil; *ii*) orçamentário; *iii*) financeiro; ou *iv*) patrimonial.

Eis que, sob o aspecto da fiscalização de regularidade, examinam-se a legalidade, a legitimidade e a economicidade do ato de gestão financeira, ao passo que, sob o aspecto operacional, aferem-se a eficiência, a eficácia, a efetividade e a economicidade operacional, bem como a qualidade e a excelência da ação de governo.

Noutro giro, deve-se anotar que: *i*) sobre o objeto contábil, fiscalizam-se os registros e as demonstrações contábeis; *ii*) sobre o objeto orçamentário, fiscaliza-se o cumprimento das autorizações legislativas para as despesas públicas e para as receitas públicas; *iii*) sobre o objeto financeiro, fiscalizam-se os fluxos financeiros de pagamentos e de recebimentos; e *iv*) sobre o objeto patrimonial, são fiscalizados os bens, os direitos, as obrigações e o patrimônio líquido.

Traçados os principais contornos do controle financeiro exercido pelo TCU, no Brasil, passo a promover, então, uma breve aproximação comparativa com o instituto lusitano das cooperativas de interesse público.

INSTITUTO LUSITANO DAS COOPERATIVAS DE INTERESSE PÚBLICO

Em Portugal, a figura das cooperativas de interesse público (*régies cooperativas*) consiste basicamente na possibilidade de o poder público se associar com um ente da sociedade civil, permitindo, com isso, que serviços públicos não exclusivos, ou seja, relativos

a direitos fundamentais sociais, sejam prestados em melhores condições por meio de ações ligadas à economia solidária ou social.

Nesse sentido, a partir da matéria jornalística transcrita na introdução, destaca-se, a título de exemplo, que o município lusitano de Barcelos promoveu a criação de uma cooperativa de interesse público, associando-se com entidades públicas e privadas, em regime de cooperativismo por economia social ou solidária, com vistas à melhor provisão de serviços públicos nas áreas de educação, cultura e desporto para a comunidade local, garantindo um melhor acesso a esses direitos fundamentais sociais.

Discorrendo sobre as cooperativas de interesse público, Gomes Canotilho e Vital Moreira (2007) lembram que as "*régies cooperativas*, desde que contem com uma participação pública majoritária no capital ou na gestão da empresa, estão inequivocamente integradas no setor público".

Por seu turno, o Tribunal Constitucional de Portugal, por meio do Acórdão nº 321/89 publicado no D.R., de 20 de abril de 1989, destacou que, com as *régies* cooperativas, pretendeu-se: "pôr o Estado ou outras pessoas coletivas de direito público a cooperar com cooperativas e ou utentes de bens e serviços, a fim de acorrer à necessidade dos cidadãos que eles, só por si, teriam dificuldades em satisfazer".

Lançando ainda mais luzes sobre essa questão, Salazar Leite (2011) ensina que:

> O artigo 6º do Código Cooperativo (na sua presente versão, a da Lei nº 51/96, de 7 de setembro) permite a criação de cooperativas de interesse público ou *régies cooperativas*.
> Podem ser membros deste tipo de organizações: o Estado, outras pessoas coletivas de direito público, como municípios, regiões autônomas ou empresas públicas, mas também cooperativas, associações e/ou utilizadores dos bens e serviços produzidos. As cooperativas de interesse público podem estar formadas apenas por membros públicos, mas neste caso devem estar abertas à chamada sociedade civil ao abrigo do princípio da porta aberta.
> Algumas das cooperativas de interesse público já constituídas são excelentes exemplos de economia social, ao juntarem cooperativas e associações, com autoridades locais ou mesmo departamentos do Governo central. Isso aconteceu mesmo alguns anos antes do renascimento do conceito de economia social na Europa, que se deveu à iniciativa de Roger Louet no Conselho Econômico e Social da Comunidade Europeia, seguido do empurrão de François Mitterrand de 1989, em Bruxelas, ao impor à comissão a criação de uma divisão de economia social na nova direção-geral XXIII, atribuída ao então comissário português, António Cardoso e Cunha.
> O principal objetivo de uma *régie cooperativa* é, pois, a prossecução de atividades de interesse público, mormente cobrindo áreas em que os serviços já não conseguem ser totalmente providenciados pelo Estado ou entidades públicas regionais. No nº 3 do artigo 1º do Decreto-Lei nº 31/84, de 21 de janeiro, que institui o regime jurídico das cooperativas de interesse público,

pode ler-se que "são, entre outras, indicativas de fins de interesse público as situações em que a prossecução do objeto da cooperativa dependa da utilização, nos termos permitidos pela lei, de bens do domínio público, ou do domínio privado indisponível do Estado, ou se traduza no exercício de uma atividade que a Constituição ou a lei vedam à iniciativa privada".
O capital é subscrito pelos membros nos termos do ato constitutivo. Se bem que teoricamente o Estado ou outras pessoas coletivas públicas possam entrar para a cooperativa em posição minoritária, tal não tem sido o caso na grande maioria das cooperativas de interesse público criadas, já que as entidades públicas querem manter a gestão e o poder de decisão, em termos de votos e orientação das atividades a levar a cabo.
O Código Cooperativo foi adotado em 1980. As *régies cooperativas* já nele estavam previstas, mas só foram regulamentadas quatro anos depois.

Resta desvendar, então, os aspectos jurídicos do cooperativismo no Brasil, para saber se é possível a associação cooperativa entre o Poder Público e a sociedade civil no país.

ASPECTOS JURÍDICOS DO COOPERATIVISMO NO BRASIL

Pode-se dizer que, no Brasil, certa aproximação comparativa com o instituto lusitano da cooperativa de interesse público é dada pelos convênios de cooperação, destinados à gestão associada de serviços públicos, nos termos do artigo 241 da Constituição de 1988, que aduz:

> Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os *convênios de cooperação* entre os entes federados, autorizando a *gestão associada de serviços públicos*, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos; (grifo nosso).

Ocorre, todavia, que, como esse dispositivo constitucional ainda não obteve, na esfera federal, a devida regulamentação legal, a referida gestão associada a serviços públicos, por meio de convênios de cooperação celebrados entre os entes federados, tem se desenvolvido de maneira ainda bem tímida, com pouco ou nenhum envolvimento das entidades associativas privadas, contando apenas com esparsas iniciativas institucionais, como a idealizada sobre o serviço de saneamento básico pela Lei nº 12.693, de 24 de julho de 2012, que no seu artigo 2º, estabelece:

> Art. 2º A Lei nº 11.578, de 26 de novembro de 2007, passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 7º-A e 7º-B:

> "Art. 7º-A. Os serviços públicos de saneamento básico prestados por entidade da administração indireta dos Estados, por meio de concessão outorgada em caráter precário, com prazo vencido ou que estiverem em vigor por prazo indeterminado, poderão ser contemplados com os recursos públicos do PAC, desde que incluam no termo de compromisso previsto no art. 3º os seguintes requisitos adicionais:
> I – anteriormente à assinatura do termo de compromisso, celebração de *convênio de cooperação entre os entes federativos que autorize a gestão associada de serviços públicos*; e
> II – celebração, até 31 de dezembro de 2016, entre os entes federativos ou suas entidades, de contrato de programa que discipline a prestação dos serviços (grifo nosso).

Anote-se que, no Brasil, não se autorizaria a ampla integração do Poder Público com entidades associativas privadas, como ocorre em Portugal, sobretudo se isso implicar interferência estatal em associações ou cooperativas, por força do artigo 5º, XVIII, da Constituição de 1988, que determina:

> Art. 5º (...)
> XVIII – a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento.

Fica claro, contudo, que a opção constitucional brasileira aponta para o incentivo ao cooperativismo, como espécie de economia solidária ou social, quer pelo estabelecimento de convênios de cooperação com entes federados, quer pela definição de um regime jurídico diferenciado e até estimulado para as cooperativas privadas, nos termos do artigo 146, III, "c", e do artigo 174, § 2º, da Constituição de 1988, que estabelecem:

> Art. 146. Cabe à *lei complementar*:
> (...)
> III – estabelecer *normas gerais* em matéria de legislação tributária, *especialmente sobre*:
> (...)
> c) *adequado tratamento tributário* ao *ato cooperativo* praticado pelas *sociedades cooperativas*;
> Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. .
> (...)
> § 2º *A lei apoiará e estimulará o cooperativismo* e outras formas de associativismo; (grifo nosso).

Por esse ângulo, aliás, é que se pode melhor analisar a verdadeira relação que, no Brasil, vem sendo estabelecida entre o poder público e o cooperativismo, ora para se promover o reconhecimento da sociedade cooperativa, ora para se estimular o associativismo cooperativo.

Vê-se, em suma, que a relação do poder público com o cooperativismo tem sido estabelecida, no Brasil, de forma muito casuística, de sorte, por exemplo, que o adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pela sociedade cooperativa vem sendo definido pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, ao tempo em que o estímulo ao cooperativismo tem sido promovido muito mais pela jurisprudência dos tribunais federais do que pela lei, a exemplo do reforço à participação de cooperativas em licitações públicas dado pelo Acórdão nº 22/2003 do TCU, que aduz:

> Sumário: Representação formulada por *cooperativa interessada em participar de licitação aberta* pelo Banco Central do Brasil para contratar postos de prestação de serviços de operação de terminais da central telefônica instalada no edifício-sede da Instituição em São Paulo. *Proibição editalícia da participação de cooperativas no certame*.
> (...) 12. Questão diversa diz respeito à possibilidade de cooperativas participarem do pregão. Como bem destacou a Unidade Técnica, *cooperativas são, por definição legal (art. 4º da Lei nº 5.764/71), sociedades de pessoas, com forma e natureza jurídica próprias, de natureza civil, não sujeitas à falência, constituídas para prestar serviços aos associados, ou a terceiros não associados, desde que, nesta última hipótese, não afrontem seus objetivos sociais*. .
> 13. *Podem, portanto, como qualquer outra pessoa jurídica, celebrar contratos com terceiros. A única ressalva a esta liberdade* diz respeito à vedação contida no art. 86 da mencionada Lei, *no sentido de que o fornecimento de bens e serviços a terceiros, não cooperados, deve atender aos objetivos sociais da cooperativa*.
> 14. *Não há vedação legal, portanto, para que possam celebrar avenças com o Poder Público*. Como frisado anteriormente, a licitação concretiza o princípio constitucional da impessoalidade e da igualdade, portanto, as restrições a terceiros contratar com a administração somente podem ser aquelas previstas em lei e desde que limitadas à qualificação técnica e econômica indispensáveis à execução do contrato.
> (...)
> 21. Reconheça-se, contudo, que a situação jurídica especial e, de certa forma privilegiada, de tais entidades requer a adoção de determinadas *medidas por parte do Poder Público de forma a equalizar a licitação*. Nesse sentido, *é lícita a utilização de critérios de classificação de propostas dos licitantes que possam anular ou tornar irrisórios os efeitos de eventuais privilégios fiscais ou de qualquer natureza que gozem as cooperativas* e que possam influenciar na igualdade de condições que deve permear toda licitação pública.
> (...)

> 23. Não obstante, *o fato de existir cooperativas irregulares*, aliado à ausência de fiscalização eficaz por parte do Poder Público a ponto de permitir a subsistência de contratos celebrados com cooperativas que atuam de forma irregular, *não pode ensejar a adoção de medida extrema e contrária ao ordenamento, não permitindo participação de nenhuma cooperativa em licitação* (grifo nosso).

Destaco, no primeiro caso exemplificativo, que, a despeito de a Receita Federal ter competência para definir os parâmetros da incidência tributária sobre o ato cooperativo, deve caber à Organização das Cooperativas Brasileiras (OCB) a definição de qual entidade, legitimamente, se reveste, ou não, da natureza jurídica de sociedade cooperativa, nos termos do artigo 107 da Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971, que estabelece:

> Art. 107. As cooperativas são obrigadas, para seu funcionamento, a registrar-se na Organização das Cooperativas Brasileiras ou na entidade estadual, se houver, mediante apresentação dos estatutos sociais e suas alterações posteriores.
> Parágrafo único. Por ocasião do registro, a cooperativa pagará 10% (dez por cento) do maior salário mínimo vigente, se a soma do respectivo capital integralizado e fundos não exceder de 250 (duzentos e cinquenta) salários mínimos, e 50% (cinquenta por cento) se aquele montante for superior.

Por seu turno, no segundo caso exemplificativo, ressalto que há espaço jurídico para evoluir o entendimento fixado pelo Acórdão nº 22/2003-TCU-Plenário, no sentido de se deixar de exigir a equalização dos preços praticados pelas cooperativas nas licitações públicas, já que tal exigência se mostra contrária ao princípio da isonomia na sua acepção vertical, que permite tratar desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades, atribuindo, assim, o apoio e o estímulo ao cooperativismo, em perfeita sintonia com o artigo 3º, *caput*, da Lei nº 8.666/1993, que determina:

> Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da *isonomia*, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos (grifo nosso).

Por tudo isso é que, mais uma vez, enalteço a brilhante iniciativa de se promover esse valoroso evento conduzido pelo Instituto Brasiliense de Direito Público em parceria com a Universidade de Lisboa, verificando, neste painel, a possibilidade de aperfeiçoamento da relação que, no Brasil, vem sendo estabelecida entre o poder público e o cooperativismo,

como forma de melhorar a provisão de serviços públicos e, destarte, garantir maior acesso do povo brasileiro a direitos fundamentais sociais.

CONCLUSÃO

Vê-se, pois, que a relação do poder público com o cooperativismo, no Brasil, ainda se desenvolve de maneira muito incipiente, sobretudo quando comparada com aquela estabelecida pelo sistema jurídico português no âmbito das cooperativas de interesse público. Dessa forma, destaca-se que há um bom espaço jurídico para se avançar sobre a prática de atividades, administrativas, judiciais e até legislativas, muito mais proativas, buscando obter melhores resultados econômico-sociais pela efetiva aplicação do instituto dos convênios de cooperação previsto no artigo 241 da Constituição de 1988, não só pela gestão associada de serviços públicos entre os entre federados, mas também, e principalmente, por essa gestão associada junto às sociedades cooperativas privadas.

REFERÊNCIAS

CANOTILHO, J. J. G.; MOREIRA, V. **Constituição da República Portuguesa** – anotada. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. v. 1.

FAUQUET, G. **O Sector Cooperativo**. Lisboa: Livros Horizonte, 1980.

GRAÇA, R. M. Barcelos cria cooperativa para fazer face a decisão do Tribunal de Contas. **Correio do Minho**, 17 jan. 2014. Disponível em: <http://www.correiodominho.com/noticias.php?id=75500>. Acesso em: 21 mar. 2014.

JENSEN, M. C.; MECKLING, W. H. Theory of Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership structure. **Journal of Financial Economics**, v. 3, 1976.

LAMBERT, P. **La Doctrina Cooperativa**. Buenos Aires: Ediciones Intercoop, 1961.

LAVERGNE, B. **Régies Coopératives**. Paris: Librairie Félix Alcan, 1927.

LEITE, J. S. **Cooperação e Intercooperação**. Lisboa: Livros Horizonte, 1982.

______. **Cooperativas de interesse público em Portugal**. Fev. 2011. Disponível em: <http://www.cases.pt/0_content/actividades/doutrina/cooperativas_de_interesse_publico_em_portugal.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2014.

Direitos sociais e tensões entre a justiça constitucional e o legislador maioritário

Carlos Blanco de Morais

Doutor e mestre em Direito pela Universidade de Lisboa; professor agregado da Faculdade de Direito de Lisboa; professor catedrático da Faculdade de Direito de Lisboa.

Resumo: Nesta apresentação, o professor Blanco de Morais explana sobre os conflitos entre a justiça constitucional e o legislador. Por um lado, tem-se a figura do legislador que propõe reformas constitucionais para a modernização do Estado e é travado pelas próprias estruturas estatais. De outro, surge o Tribunal Constitucional, responsável pela determinação da constitucionalidade, pouco disposta à flexibilidade. Nas palavras do autor: "*Tomar a sério os direitos sociais*, antes de mais nada, reclama garantir e racionalizar, mediante decisões democráticas e tecnicamente fundadas, os recursos financeiros para tornar sustentáveis as suas prestações futuras à luz de um princípio de igualdade que tem estado, por vezes, ausente nos anos mais recentes".

INTRODUÇÃO

Penso que é hoje do domínio comum no Brasil o fenômeno da crise da dívida soberana em Portugal e em outros Estados europeus. Os seus programas de resgate junto a credores internacionais e as medidas de austeridade impostas que cortaram salários, pensões e outros benefícios reduziram a escombros o princípio da proibição de retrocesso social, o qual hoje, virtualmente, se confunde com a garantia do mínimo existencial. Mas terão igualmente acompanhado as notícias que dão nota de uma tensão, inédita em Portugal, entre os Poderes Legislativo e Jurisdicional, este último protagonizado pelo Tribunal Constitucional, que tem, implacavelmente, julgado a inconstitucionalidade de uma boa parte das referidas medidas de rigor.

De um lado, emerge um legislador que não oculta a sua impotência em não lograr reformar uma Constituição que considera prolixa, obsoleta e responsável por um Estado social

jurássico, falido e irreformável e que necessita tomar as medidas impostas pelos credores para evitar um aumento de juros nos empréstimos e uma dívida insustentável.

Para o setor liderante da maioria, havendo que cumprir obrigações internacionais ínsitas num ajustamento, a Constituição teria de ser lida à luz de um estado implícito de emergência financeira. Todas as medidas de redução de despesa pública que impliquem restrições aos direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores e direitos sociais deveriam ser viabilizadas pelo Tribunal Constitucional durante a vigência do programa, mesmo abaixo do níveis mínimos, atenta a reserva do possível determinada pelo legislador, a qual não caberia aos tribunais questionar. Intimamente, essa sensibilidade almeja uma mutação constitucional informal: as alterações jurídicas adotadas em exceção tenderiam a consolidar-se depois como definitivas.

De outro lado, emerge um Tribunal Constitucional, zeloso da sua jurisprudência e dos seus precedentes, disponível para aceitar medidas de emergência financeira e restrições a direitos fundamentais, apenas a título transitório, no respeito do direito a um mínimo de existência condigna, da segurança jurídica, da proporcionalidade e da igualdade nas restrições. Trata-se de princípios que são lidos de forma mais estrita, sempre que a necessidade financeira leva o legislador a cometer inconstitucionalidades evidentes e a adotar medidas pontuais, desacompanhadas de reformas de fundo.

1. CONTORNOS DA CRISE DO ESTADO ASSISTENCIAL EM 2010-2011

No período posterior à entrada de Portugal na União Europeia, vingou um modelo público de desenvolvimento social subsidiado, primeiro com fundos europeus e depois por meio do recurso ilimitado a um crédito a juro baixo, favorecido pela adesão de Portugal ao euro.

Uma análise simples aos dados estatísticos demonstra que o crescimento das prestações sociais e do bem-estar dos portugueses assentou numa despesa pública crescente e num endividamento público e privado absolutamente incontrolável e explosivo.

As despesas públicas correntes cresceram de 36,9%, em 1995, para 45,4% do Produto Interno Bruto (PIB), em 2011, e, no âmbito destas, as prestações sociais cresceram de 12,4% para 22% do PIB. Paralelamente a dívida pública bruta cresceu de 59,2% do PIB, em 1995, para 108,1%.

Esse crescimento não sustentado do Estado social não envolveu apenas a má gestão financeira dos subsistemas de saúde e educação ou a atribuição de benefícios sociais que não

podiam ser concedidos, no modo e nos valores em que o foram. Decorreu também: *i*) do endividamento para a realização de obras públicas majestáticas e desnecessárias e para a criação de equipamentos sociais em ruinosas parcerias público-privadas, nas quais têm avultado conúbios entre dirigentes de partidos e conglomerados empresariais; *ii*) da subsidiação de uma multiplicidade de estruturas associativas e fundacionais; e *iii*) do endividamento incontrolado de municípios e regiões autônomas, como a da Madeira.

O Estado devorista fulminou, assim, o Estado social. E, desencadeada a crise do *subprime* na europa, que o governo português enfrentou aumentando ainda mais a despesa pública, registou-se uma situação de incontrolabilidade do déficit e da dívida soberana, em que os juros da dívida pública pularam os 7% em 2011. O governo socialista viu-se sem recursos financeiros para pagar salários e pensões e teve de seguir o caminho da Irlanda e da Grécia e solicitar um resgate, assinando um programa de assistência, em que os credores foram representados pela Comissão Europeia, pelo Banco Central Europeu e pelo Fundo Monetário Internacional.

O Estado teve de assumir objetivos de equilíbrio orçamental, principalmente devido à redução drástica da despesa pública até 2014, o que envolveu, em simultâneo, aumentos de impostos e reduções de salários e pensões, bem como reduções nos programas sociais de educação, saúde e moradia, como condição para receber financiamento indispensável ao funcionamento do próprio Estado social. A alternativa seria a insolvência e a saída do euro, com consequências devastadoras. O governo socialista assinou o memorando com os credores, que criaram uma unidade de controle, a *troika*, e um governo de centro-direita foi eleito para cumprir a austeridade.

2. A tensão política entre o TC e a nova maioria

No ano de 2012, o Tribunal Constitucional português, com um novo presidente oriundo da esquerda (o Professor Sousa Ribeiro de Coimbra), abandonou um certo *favor legislatoris* que caracterizou as suas relações com o governo socialista e proferiu um conjunto de decisões que recaíram sobre medidas centrais de austeridade do novo governo, restritivas de direitos salariais e sociais. Delas resultou a declaração de inconstitucionalidade de uma maioria, tendo inclusive juízes conservadores, eleitos por indicação da maioria governativa, votado num sentido favorável da inconstitucionalidade das mesmas.

Assim, o Acórdão nº 353/2012 começou com um tiro de aviso: declarou a inconstitucionalidade com força obrigatória geral de normas do Orçamento de Estado para

2012, as quais suspendiam os subsídios de férias e de natal aos servidores do Estado, embora tenha restringido os efeitos dessa declaração para o mesmo ano, diferindo-os para o ano seguinte. O Orçamento do Estado foi aplicado por razões de interesse público, tendo a a decisão (uma decisão positiva de inconstitucionalidade sem a correspondente declaração de nulidade) revestido a estranha natureza de uma sentença apelativa para o Orçamento do Estado do ano seguinte, o qual teria o destino traçado se adotasse as mesmas políticas. Uma sentença que qualificamos oportunamente de "sentença manipulativa de revisão constitucional", atenta a flagrante contradição com a excepcionalidade da restrição de efeitos da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral.

A maioria aprovou um novo orçamento de rigor para o ano de 2013, com o corte de apenas um subsídio para a função pública, se bem que com outras onerações, e o TC declarou a inconstitucionalidade com força obrigatória geral dessa e de outras normas orçamentárias (Acórdão nº 187/2013), deixando o governo com o ônus de encontrar 1.300 milhões de euros para equilibrar o Orçamento de Estado, tendo provocado uma crise política. O primeiro-ministro ameaçou demitir-se e acusou o Tribunal Constitucional de o impedir de cumprir as suas obrigações externas para com os credores, conduzindo o país a um segundo resgate.

Iniciaram-se então as acusações de ativismo judicial e de interferência do Tribunal Constitucional nas políticas públicas. O Tribunal foi recomposto com a entrada de juízes provenientes do centro-direita. Caíram, entrentanto, no Tribunal Constitucional outras reformas do governo, como a Lei do Enriquecimento Ilícito e da reforma das autarquias locais.

O governo decidiu, então, apresentar um diploma de requalificação da função pública, do qual resultaria a colocação de muitos trabalhadores num regime de excedentes, com a possibilidade de serem despedidos caso fosse impossível a sua recolocação no prazo de um ano. O Tribunal, no seu Acórdão nº 474/2013, declarou rotundamente a sua inconstitucionalidade. O primeiro-ministro reagiu duramente: "Já alguém perguntou aos 900 mil desempregados de que lhe valeu a Constituição até hoje?".

Depois de acusar os juízes de falta de bom senso, o líder do executivo de coligação acusou o Tribunal Constitucional de "ter protegido mais os direitos adquiridos do que as gerações do futuro". Uma situação que considerou "duplamente injusta", não só porque as gerações mais novas "não têm culpa do que se passou, mas também porque a Constituição por si só não é garantia de emprego no setor privado".

E rematou: “Não é o Tribunal Constitucional que governa, e nós tentaremos encontrar soluções. Mas essas soluções têm sempre um preço mais elevado”.

Multiplicaram-se, então, pressões internas e externas sobre o Tribunal Constitucional, a um nível nunca antes atingido ou mesmo imaginado.

O ano de 2013, marcado por uma forte contestação ao governo nas ruas, assistiu a uma crise política com a demissão do ministro das Finanças e a uma quase ruptura na coligação, a qual acabou por ser recomposta *in extremis*. Portugal esteve à beira de eleições. No Conselho de Estado, o primeiro-ministro e o presidente do Tribunal Constitucional trocaram palavras muito duras. Os constitucionalistas dividiram-se entre os que pensam que o governo ignora direitos fundamentais como se não houvesse Constituição e aqueles que entendem que o Tribunal Constitucional interpreta a Constituição para a defesa de direitos adquiridos, como se não houvesse um estado de exceção financeira.

O governo mobilizou então os seus aliados externos junto aos credores e internos junto à banca e aos grupos econômicos. Christine Lagarde, a diretora-geral do Fundo Monetário Internacional (FMI), afirmou, na conferência de imprensa anual conjunta do FMI e do Banco Mundial, em Washington DC, que Portugal tem “uma dificuldade particular”, que é “a visão do Tribunal Constitucional sobre o que é ou não constitucional”.

Em outubro de 2013, foi divulgada na imprensa uma carta do representante da União Europeia em Lisboa dirigida à Comissão Europeia sobre a conduta do Tribunal Constitucional: “É um Tribunal Constitucional ativista comparado com qualquer outro Tribunal Constitucional que eu conheça”. E continuou: “Qualquer ativismo político do Tribunal Constitucional (TC), nesta fase, com o chumbo de algumas medidas do Orçamento do Estado para 2014, pode provocar um segundo pedido de resgate”. Aproximando-se o escrutínio de mais dois diplomas, um dos quais a redução de 10% dos salários dos servidores públicos, o presidente da Comissão Europeia, disse: “teríamos o *caldo entornado* em Portugal caso se verificasse instabilidade e falta de responsabilidade de todos os órgãos de soberania”, referindo-se indiretamente ao Tribunal Constitucional.

Com críticas crescentes de membros do governo, a imprensa afeta ao mesmo (Sol) disse que a questão das pensões será a prova de fogo e que, se o diploma for julgado inconstitucional, o Tribunal Constitucional seria responsável por um segundo resgate e por uma crise politica e financeira. O governo afirmou não ter plano B para compensar os 400 milhões oriundos dos cortes. Dias antes do Acórdão, a imprensa relatou que o Tribunal

Constitucional foi objeto de conversa entre o primeiro-ministro e a chanceler alemã, com reproduções do diálogo (que vieram do governo).

Impassível, o Tribunal Constitucional julgou, por unanimidade, a inconstitucionalidade do diploma sobre as pensões, no Acórdão nº 862/2013, mas deixou passar o aumento do horário de trabalho.

No fundo, foram submetidos ao Tribunal Constitucional diplomas no valor de 7 bilhões de euros de poupanças e o Tribunal inviabilizou 40% (3,1 bilhões).

O apocalipse, contudo, não sucedeu. Esse Acórdão marcou o termo da guerra politica aberta com o Tribunal Constitucional. Cessaram as pressões externas sobre o Tribunal, o governo procurou compensar de outra forma, no orçamento para 2014, por meio da previsão de novas medidas de austeridade, as quais procuraram contornar a jurisprudência constitucional, tendo em conta a melhoria da situação económica e aproximação do termo do período do resgate. A guerra com o Tribunal Constitucional foi suspensa até ao momento presente.

No plano político-institucional, que lições foi possível extrair da tensão entre a maioria política do governo e o Tribunal Constitucional? Sintetizarei cinco linhas de força, apresentadas a seguir.

1º Nunca, como no período 2011-2014, o Tribunal Constitucional assumiu em Portugal tanta relevância política e institucional. Segundo alguma imprensa nacional e estrangeira, transformou-se no órgão mais importante do país.

Em primeiro lugar, porque toda as políticas públicas, reformas e medidas de austeridade, indispensáveis para o cumprimento de obrigações para com os credores e para o equilíbrio financeiro do Estado, ficaram à mercê da sanção ou do veto judicial, o qual envolveu montantes financeiros elevadíssimos.

Em segundo lugar, porque politizou a justiça ou judicializou as politicas públicas: enquanto a maioria governamental se desdobrou, crescentemente, em extensos relatórios justificativos do mérito e da validade das suas políticas, as oposições, sindicatos e grupos de pressão entenderam que todas as políticas com as quais discordavam politicamente deveriam ser enviadas para o Tribunal Constitucional, na expectativa de serem julgadas inconstitucionais. Frente a uma política draconiana de rigor, de um governo e de credores impopulares, o Tribunal passou a ser o poder moderador.

Em terceiro lugar, as suas decisões fizeram tremer um governo de maioria absoluta e condicionaram a sua conduta. O Executivo avisou o Tribunal, ameaçou extingui-lo, colou-o a

um novo resgate e acabou por se justificar junto deste, tendo pago pareceres a peso de ouro (em vão) para fundamentar decisões. Acabou por concluir que a conduta menos danosa, mas mais prudente, seria a da melhor elaboração das leis, aliada a uma menor hostilização do órgão. A meio do caminho, ficaram membros do governo responsáveis por políticas tidas como vitais, que sucumbiram perante as decisões no Tribunal e uma crise entre parceiros de coligação.

Em quarto e último lugar, porque políticos internacionais na União Europeia e no FMI passaram a defrontar-se com o Tribunal e a referi-lo como um poder real, as próprias agências de *rating* passaram a fazer as suas avaliações sobre o país entrando em linha de conta com a análise de risco incidente sobre as decisões do Tribunal.

2º Último reduto da soberania do Estado.

O Tribunal Constitucional português, em face do poder supranacional da União Europeia, exibiu sempre uma linha muito eurocêntrica, não ostentando a vertente soberanista dos seus congêneres alemão, italiano, francês ou polaco. Por outra banda, em diversas decisões, como a que tomou em relação ao Orçamento do Estado para 2011, o Tribunal foi sensível, em decisões de não inconstitucionalidade, a medidas econômicas de rigor que afetavam direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores, retroatividade fiscal e direitos sociais.

Contudo, durante o tempo em que Portugal ficou sujeito a um programa de assistência financeira – que levou o ministro dos Negócios Estrangeiros a considerar o próprio Estado em uma situação de "protetorado" – e que levou alguns a entenderem que a Constituição não poderia ser obstáculo às medidas necessárias ao equilíbrio financeiro, o Tribunal impôs a força da Constituição, na defesa dos direitos fundamentais, à força política das medidas restritivas dos mesmo direitos.

Sendo a Constituição da República Portuguesa a máxima manifestação de soberania normativa do Estado português, a sua garantia pelo Tribunal Constitucional, no momento em que os próprios poderes públicos conformam o *status* do mesmo Estado como sendo de soberania diminuída, significou, para muitos, que o Tribunal era o defensor do reduto nuclear e indisponível da mesma soberania. Esse núcleo indisponível esteve curiosamente ligado aos direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores e aos direitos sociais nucleares dos cidadãos.

3º Imunidade a pressões externas e internas ou autismo?

Pelo relato exposto, o Tribunal Constitucional revelou-se imune a todo o tipo de pressões: internas e externas. Ameaças de reforma, crises políticas com queda de governo, responsabilização por um eventual segundo resgate ou saída do euro não surtiram qualquer efeito sobre o Tribunal Constitucional.

Mais, no braço de ferro que o governo fez com o Tribunal, concitando aliados externos e internos, o órgão jurisdicional manifestou uma indiferença sobranceira e silenciosa. O Tribunal não é pressionável, limitava-se a dizer o seu presidente aos jornalistas.

E atuou como uma jurisdição autista? É certo que existiram cristalizações hermenêuticas e alguma tentação em medir forças com uma maioria política que o colocou sob fogo. Contudo, desde 2011, o Tribunal atendeu aos compromissos internacionais do Estado, à situação de necessidade financeira e atuou in *favor legislatoris* em matéria de segurança social, avalizando numerosas restrições que buliram com a tutela da confiança.

4º A projeção de poder do Tribunal Constitucional que gerou a tensão com a maioria não resultou de uma manifestação clássica de ativismo judicial, em termos de normatividade das decisões.

O Tribunal não proferiu sentenças de mutação constitucional (salvo em um caso de ordem processual e em favor do legislador), não tendo as decisões mais controvertidas envolvido interpretações audaciosas da Constituição nem revestido a natureza de sentenças substitutivas. Em nenhum caso o Tribunal conferiu eficácia imediata a normas programáticas sobre direitos sociais ou alterou de forma dramática uma orientação interpretativa anterior.

Em Portugal, tenta afirmar-se uma tese minoritária que sustenta, como a maioria da doutrina no Brasil, a unidade dogmática entre direitos, liberdades e garantias e direitos sociais, conferindo aos dois tipos de direitos a mesma relevância material e garantias de efetividade .

Essa tese não tem fundamento na Constituição positiva: *i*) esta posiciona os direitos sociais fora da reserva de lei parlamentar (exceto em três casos em que prevê uma reserva de leis de bases ou grandes princípios); *ii*) atribui eficácia direta positiva aos direitos, liberdades e garantias, não o fazendo em relação aos direitos sociais, que são sujeitos à mediação de lei e a sua concretização à reserva do possível; *iii*) não alarga aos direitos sociais as garantias contra a sua restrição por leis retroativas ou singulares, como faz com os direitos, liberdades e garantias; e *iv*) não coloca os direitos sociais nas suas cláusulas pétreas.

Contrariamente ao que argumentam os defensores da indivisibilidade dos direitos, que afirmam que essa divisão feita pelo constituinte seria artificial, existe um fundamento essencial e material para a diferenciação. É que, sem direitos, liberdades e garantias constitucionalmente reconhecidos e garantidos não há Estado de Direito nem democracia politica (como em URSS, China, Cuba ou Coreia do Norte). Já o inverso não sucede, pois os direitos sociais não são pressuposto necessário de um Estado de Direito Democrático (como em EUA, RU, Alemanha). Se o Tribunal Constitucional tivesse defendido os direitos sociais por meio da tese da indivisibilidade, teria sido ativista e teria operado uma mutação inconstitucional exogenética, insustentável e geradora de usurpação de poder, tanto mais que os defensores da indivisibilidade reconhecem que o constituinte optou por um regime privilegiado dos direitos, liberdades e garantias, estando contudo errado e ultrapassado pela natureza das coisas. A tese da indivisibilidade, se convocada pelo Tribunal, geraria uma grave crise política. Reconhecendo a menor garantia constitucional dos direitos sociais, o Tribunal defendeu-os de uma forma previsível: sustentou as suas decisões à luz dos princípios de igualdade, proporcionalidade, proteção da confiança e justa causa na cessação do vínculo laboral.

5º Sensibilidade e bom senso do Tribunal Constitucional postos à prova.

a) No que concerne ao Orçamento do Estado para 2015, em discussão neste momento, surgem de novo os problemáticos cortes salariais e a tributação extraordinária de pensões. São cortes menos pronunciados do que antes, mas o Tribunal Constitucional tem agora uma composição de esquerda reforçada. Há riscos no momento em que Portugal sai do programa de ajustamento, mas tem que ser percepcionado sobre se cumpre, junto dos credores internacionais, a redução do défict para 4,5%.

Em caso de inconstitucionalidades que afetem grandes verbas, o governo terá de aumentar impostos para atingir os mesmos objetivos.

Cumpre-nos destacar a necessidade de bom senso do Tribunal Constitucional, uma vez que um eventual excesso de autismo ou de protagonismo contramajoritário poderá aluir o governo. Mas com eleições em 2015, nenhum partido terá maioria e far-se-á um governo de bloco central com a maioria atual e o principal partido de oposição atual, que liderará. O Tribunal Constitucional, até agora imune à sua reforma, por carecer de maioria de 2/3, deixará de o estar com um eventual governo de Bloco Central. O PSD defendeu a criação de uma seção de justiça constitucional junto do Supremo Tribunal de Justiça e, estranhamente, o

PS defende a criação de um supertribunal, um Supremo Tribunal Federal sem federalismo, que aglutinasse o Tribunal Constitucional, O Supremo Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Administrativo, o que em Portugal não faz sentido. Depois de 2015, o Tribunal Constitucional não terá a mesma faculdade de atuar, pois a dívida continua e a austeridade também.

b) Os direitos sociais são uma conquista oriunda da *sozialpolitik* de Bismark, consolidada pelo Estado Social. Em tempo de incerteza sobre os recursos disponíveis para o sustentar, o Estado Social deve ser garantido, mas também reformado, de modo que, com um menor volume de recursos disponíveis, possa ser mantido nas suas prestações fundamentais. O abalado modelo social europeu é de tudo isto um exemplo paradigmático e a crise sem precedentes ocorrida no período 2010-2011 em Portugal é uma lição sobre o modo como um gasto desmesurado e acrítico em prestações sociais, sustentado por um endividamento externo incontrolado, pode conduzir a um pré-colapso financeiro e, posteriormente, à supressão ou redução brutal e inimaginável de muitos benefícios sociais.

Tomar a sério os direitos sociais, antes de mais nada, reclama garantir e racionalizar, mediante decisões democráticas e tecnicamente fundadas, os recursos financeiros para tornar sustentáveis as suas prestações futuras à luz de um princípio de igualdade que tem estado, por vezes, ausente nos anos mais recentes.

3. *Post Scriptum*

No momento em que se finaliza este texto, acaba de ser prolatado o Acórdão nº 413/2014, que declarou uma vez mais (desta feita por impugnação dos partidos da oposição de esquerda) a inconstitucionalidade do Orçamento de Estado para o ano de 2014, censurando à luz do princípio da igualdade proporcional normas de redução salarial e de redução de pensões de sobrevivência, também à luz do princípio da igualdade.

A decisão, bem fundamentada quanto a esses dois pontos, mas politicamente pouco equilibrada e tomada criticamente no mesmo mês em que Portugal sai do Programa de Assistência Internacional, gerou uma forte reação política na Comissão Europeia e no

governo, que exigiu ao Tribunal, por meio do parlamento, uma aclaração do Acórdão, iniciando um quadro de tensão com o referido Tribunal cujo desfecho é ainda imprevisível.

Na circunstância de novas decisões de inconstitucionalidade sobre a tributação de pensões em pagamento, não será de excluir um pedido de demissão do governo e a antecipação de eleições que teriam como pano de fundo a responsabilização do Tribunal na solvabilidade financeira do Estado. No fundo, tal seria uma recriação doméstica de Roosevelt *vs*. 4 cavaleiros do Apocalipse, mas num cenário imprevisível em que o Executivo se encontra marcado por forte impopularidade, depois de um desaire eleitoral nas eleições europeias deste ano. A ocorrer teríamos um cenário de confronto institucional inédito entre o poder político e a justiça constitucional.

O controle judicial das políticas públicas: com que intensidade deve atuar o Poder Judiciário?

Fábio Lima Quintas

Professor vinculado ao programa de mestrado do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP – Brasília-DF); doutor em Direito do Estado (Direito Constitucional) pela Universidade de São Paulo; mestre em Direito e Estado pela Universidade de Brasília.

Resumo: A interpretação e a aplicação da Constituição estão sempre sujeitas ao embate entre as perspectivas do Judiciário, de um lado, e do Legislativo e do Executivo, de outro. Neste trabalho, o professor Fábio Lima Quintas discute a compreensão do princípio da separação dos poderes, dentro do contexto do problema da política pública no direito, a saber o conflito entre o Poder Judiciário e os Poderes Legislativo e Executivo.

INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988, em sintonia com os desafios do constitucionalismo,[1] é chamada a lidar com a difícil tensão entre a liberdade própria da esfera privada de cada cidadão e a igualdade propugnada na esfera pública democrática,[2] entre a lógica liberal do pluralismo (em que cada um é senhor de si mesmo) e a lógica democrática da equivalência (em que cada um, como integrante da comunidade, respeita as deliberações políticas). A tarefa que se impõe é, pois, conciliar a emancipação dos indivíduos (resguardando a possibilidade de concretização de seus projetos de vida) com o fortalecimento dos laços da comunidade política.

[1] O constitucionalismo é aqui enunciado como um movimento histórico, iniciado no século XVIII, voltado à legitimação do exercício do poder a partir de um consenso fundamental (forjado na Constituição), que expressa a sujeição do poder a princípios e regras jurídicas, num ambiente democrático, que se baseia no pluralismo político e nos direitos fundamentais, assegurando aos cidadãos liberdade, igualdade e segurança (CANOTILHO, J. G.; MOREIRA, V. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Vol. I. São Paulo: RT, 2007. p. 205-207).

[2] Como destaca Luís Roberto Barroso, na busca do equilíbrio entre constitucionalismo e democracia, há aqueles que dão ênfase aos princípios da justiça (direitos fundamentais) [substancialistas] e aqueles que enfatizam o princípio majoritário [procedimentalistas]. Assinala ainda Barroso que há uma larga zona de intersecção entre as duas concepções (*Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 87-93). O desafio é, certamente, identificar o ponto de equilíbrio entre essas duas concepções no nosso momento histórico, bem como as soluções institucionais de que dispomos.

Essa tensão pode bem ser identificada no conflito que se observa entre duas inequívocas diretrizes constitucionais – a da tutela de direitos[3] e a da democracia[4] – e entre as instituições estatais incumbidas primordialmente pela concretização desses princípios – o Judiciário, de um lado, e o Legislativo e o Executivo, do outro.

Sob a perspectiva do Judiciário, o ponto de atrito entre esses dois polos encontra um ponto privilegiado de observação no controle jurisdicional das políticas públicas, na medida em que o Judiciário é chamado a providenciar a proteção de um direito fundamental cuja tutela exige implementação de uma política pública não reconhecida pela legislação ou pela administração.

É dentro desse contexto que se pretende, no presente artigo, após situar o problema da política pública no direito – analisar a tensão entre o Poder Judiciário e os Poderes Legislativo e Executivo –, exigir uma adequada compreensão sobre o princípio da separação de poderes.

O CONTROLE JURISDICIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

A possibilidade de revisão jurisdicional de decisões políticas tem como uma de suas justificativas o princípio da supremacia da Constituição,[5] instituído como forma de estabelecer limites jurídicos ao exercício do poder e resguardar os direitos dos cidadãos, contra os quais não caberia falar de esferas de imunidade de poder. Em face da supremacia da Constituição, a preocupação é assegurar que a Constituição não seja vista como um simples conjunto de normas constitucionais inconsequentes.[6] A questão que se põe, no entanto, é saber como o Judiciário deve tratar essas questões políticas e com qual intensidade pode fazê-lo.

Tendo em vista a amplitude de direitos outorgados pela Constituição de 1988, direitos cuja concretização exige uma ação coordenada do Estado e da sociedade (tais como, saúde, educação, moradia, meio ambiente equilibrado, segurança etc.), ganha relevância a discussão

---

[3] A tutela de direitos decorre do princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, inciso XXXV, CF), entendido não apenas como garantia de acesso ao Judiciário, mas como direito à tutela jurisdicional efetiva.

[4] Trata-se do princípio democrático – fixada a soberania no povo, decorre que todo o poder estatal dele deve emanar, "por meio de representantes eleitos ou diretamente" (art. 1º, parágrafo único, da Constituição). A democracia, portanto, é verdadeira condição epistêmica do Estado Democrático de Direito estabelecido na Constituição de 1988, sendo que o parlamento (e a lei que dele emana) ocupa espaço privilegiado na regulação social.

[5] Como esclarece Canotilho, do princípio da supremacia da Constituição (a denotar a posição privilegiada ocupada pela Constituição no ordenamento jurídico) e da constitucionalidade deduzem-se outros elementos constitutivos do Estado de Direito: *i*) a vinculação do legislador à Constituição; *ii*) a conformidade dos atos do Estado com a Constituição; *iii*) a reserva da Constituição para regular determinadas matérias (a limitar a liberdade de conformação do legislador); e *iv*) da força normativa da constituição (em relação aos "superiores interesses da nação", "aos fundamentos políticos", ao "realismo financeiro" etc. (CANOTILHO, J. G. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Portugal: Almedina. p. 246-249).

[6] A expressão "norma constitucional inconsequente" é do ministro Celso de Mello, contida no voto lavrado no julgamento do AgRg no RE 271.286/RS, j. 129.2000, sob sua relatoria (STF).

sobre o papel do Judiciário no controle e na implementação dessas medidas. Trata-se da questão relacionada ao controle jurisdicional das políticas públicas.

A política pública é definida como um programa ou quadro de ação governamental voltado à obtenção de uma vantagem para a comunidade, haja vista que consiste num conjunto de medidas legislativas e administrativas articuladas (coordenadas), cujo escopo é dar impulso ao governo para realizar um objetivo da ordem pública ou, na ótica dos juristas, concretizar um direito.[7]

Na política pública, há pois uma ação política legislativa e administrativa coordenada, com a escolha de prioridades para o governo em benefício da comunidade política. A política pública transcende os instrumentos normativos do plano ou do governo,[8] que são apenas a materialização dessas ações políticas.

Considerando os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil fixados no art. 3º da Constituição, defende Ada Pellegrini Grinover que o Judiciário está habilitado a exercer o controle sobre as políticas públicas e que isso se manifesta como controle de constitucionalidade.[9]

Nas palavras da autora: “o Poder Judiciário pode exercer o controle das políticas públicas para aferir sua compatibilização com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (CF, art. 3º); (…) consequentemente, o Judiciário pode intervir nas políticas públicas – entendidas como programas e ações do Poder Público objetivando atingir os objetivos fundamentais do Estado – quer para implementá-las, quer para corrigi-las quando equivocadas”.[10]

Hermes Zaneti Jr. opina que o Judiciário teria estrutura adequada para fazer o controle e a implementação de políticas públicas, sendo que qualquer discordância a respeito representaria impor ao Judiciário uma restrição descabida (uma leitura pobre e limitada da função jurisdicional, nas palavras do autor). “Isso porque, como é sabido, não são os direitos fundamentais que devem andar no quadro determinado pela lei e pelo administrador, mas a lei

---

[7] BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. *In*: ______. (Org.). *Políticas públicas*: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 14.
[8] BUCCI, Maria Paula Dallari. As Políticas e o direito administrativo. *Revista trimestral de direito público*, São Paulo, n. 13, p. 134-144, 1996. p. 141.
[9] GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. *O processo* – Estudos e Pareceres. 2. ed. São Paulo: Editora DPJ, p. 36-57, 2009. p. 39.
[10] GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. *O processo* – Estudos e Pareceres. 2. ed. São Paulo: Editora DPJ, p. 36-57, 2009. p. 57.

e o administrador público que devem ser conformados pelos direitos fundamentais"[11] *e* "todo direito fundamental seria jurisdicionalizável" .[12]

Em sentido convergente, avalia Carlos Alberto de Salles que "o processo judicial acaba tornando-se espaço privilegiado para sua [das políticas públicas] discussão, pois nele eclodem aqueles conflitos resultantes do mau funcionamento ou das disfuncionalidade dessas políticas. As políticas públicas, portanto, passam a fazer parte da matéria-prima com a qual trabalha o Poder Judiciário, tornando-se elemento da decisão judiciária".[13]

Surge, assim, a indagação sobre as condições necessárias para que Judiciário atue legitimamente, na sua tarefa de aplicar o direito, sendo de todo insuficiente afirmar que a legitimidade e a autoridade do Judiciário estariam atreladas, em última instância, "à capacidade de fundamentar adequada e racionalmente suas decisões".[14]

Definitivamente, a legitimidade do controle jurisdicional não pode ser superada por uma logomaquia contida numa sentença.

As questões que afloram nesse debate são bem mais profundas, voltadas à compreensão do papel político do Judiciário num Estado Democrático de Direito: o Judiciário deve contribuir para a realização da democracia quando dirige sua atuação para a implementação de políticas públicas ou deve preocupar-se apenas com a tutela de direitos?

Esse é o problema que enfrenta o constitucionalismo atual, preocupado não apenas na contenção do poder, mas também na promoção de uma comunidade política vibrante formada por indivíduos autônomos.[15] Nesse cenário, deixa-se de pensar o Judiciário apenas como destinado a resolver lides no quadro estabelecido pela legislação ou a exercer o clássico controle de constitucionalidade, sob a perspectiva de legislador negativo,[16] mas também lhe é atribuída a função de promover a concretização da Constituição (em todas as suas dimensões).

---

[11] ZANETI JR., Hermes. A Teoria da Separação de Poderes e o Estado Democrático Constitucional. *Revista Brasileira de Direito Processual* - RBDPro, Belo Horizonte, v. 18, n. 70, p. 49-81, abr./jun. 2010.

[12] ZANETI JR., Hermes. *Op. cit*.

[13] SALLES, Carlos Alberto de. Políticas Públicas e a Legitimidade para defesa de interesses difusos e coletivos. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 30, n. 121, p. 38-50, mar. 2005. p. 177

[14] ZANETI JR., Hermes. A Teoria da Separação de Poderes e o Estado Democrático Constitucional. No prelo.

[15] Oportunos os esclarecimentos de Peter Häberle sobre os objetivos do constitucionalismo: "A pretensão geral do constitucionalismo é a legitimação, contenção e controle do poder estatal e, em parte, também do poder da sociedade (por exemplo, na eficácia privada dos direitos fundamentais), tendo como base um consenso fundamental". (HÄBERLE, Peter. Novos horizontes e desafios do constitucionalismo. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 6, p. 69, abr./jun. 2007).

[16] Esse é o primeiro problema da jurisdição constitucional, que encontrou exposição tanto na tradição constitucional norte-americana (com a formulação da *judicial review,* cujo marco inicial pode ser identificado no julgamento do caso *Marbury vs. Madison*), quanto na perspectiva continental-europeia, a partir da contribuição de Hans Kelsen, que influenciou na criação de um Tribunal Constitucional destinado ao exercício do controle concentrado de constitucionalidade, na Constituição federal austríaca, de 1º de outubro de 1920 (KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003). Cumpre ressaltar que o controle de constitucionalidade negativo também está sujeito a críticas, na perspectiva que se trabalhará na tese.

Essa mudança de enfoque da atividade exercida pelos Tribunais foi bem percebida, já em 1976, por Abram Chayes, que identificava o surgimento de um novo padrão de processo civil nos Estados Unidos (sistema jurídico em que a imbricação entre jurisdição constitucional e ordinária é intensa), por ele denominado como *public law litigation*, no qual o objeto do litígio passa a ser a reivindicação de políticas públicas ou políticas estabelecidas na Constituição.[17]

Comparando o padrão de conflito jurisdicional tradicional com aquele advindo da judicialização das políticas públicas, Chayes argumenta:

> (...) a concepção tradicional está relacionada a um sistema em que as relações socioeconômicas são remetidas à esfera privada, enquanto o novo modelo está relacionado a um sistema de regulação das relações sociais e econômicas estabelecido por leis. Nesse novo sistema, a efetividade da lei é necessariamente implementação de uma política pública. A lide judicial se torna, de forma explícita, um fórum político e os Tribunais são mais um instrumento do processo político.[18]

Chayes entende que o *public law litigation*, como espécie de controle de constitucionalidade, é, em certo sentido, mais e menos intrusivo do que o tradicional *judicial review*. É mais intrusivo porque impõe uma forma para atender determinada política. É menos

---

[17] CHAYES, Abram. The role of the judge in Public Law Litigation. *Harvard Law Review*, v. 89, n. 7, p. 1.284, May 1976.
Chayes vê, no controle judicial de políticas públicas uma espécie de controle de constitucionalidade (única forma de conferir legitimidade à intervenção judicial nesse campo). Leia-se, a propósito, o seguinte trecho:
"In any case, a comprehensive defense of the legitimacy of public Law litigation must account for its operation in the constitutional as well as the statutory Field, and in truth the reality of contemporary judicial action does not differ much between them.
The fundamental ground of traditional reservations about constitutional adjudication is that the courts may be called upon to act counter to the popular will as expressed in legislation. In this respect, constitutional litigation in the new mode differs to some extent, form the characteristic activity of the courts under the due process clause in the early part of the century. In the economic due process cases the courts acted to frustrate legislatures 'speak[ing] the present will of the dominant forces in the state, and, beyond that, to withdraw altogether vast realms of policy from the reach of legislative action. Public law litigation is at once more and less intrusive: more, because it may command affirmative action of political officers; less, because it is ordinarily limited to adjusting the manner in which state and federal policy on education, prisons, mental institutions, and the like is carried forward" (p.1.315).

[18] Tradução livre do seguinte fragmento: "(...) the traditional concept reflected and related to a system in which social and economic arrangements were remitted to autonomous private action, so the new model reflects and relates to a regulatory system where these arrangements are the product of positive enactment. In such a system, enforcement and application of law is necessarily implementation of regulatory policy. Litigation inevitably becomes an explicitly political forum and the court a visible arm of the political process" (CHAYES, Abram. The role of the judge in Public Law Litigation. *Harvard Law Review*, v. 89, n. 7, p. 1.304, May 1976).

intrusivo porque tal interferência se faria geralmente pela definição da maneira de implementação da política, atuando sobre o administrador público, e não sobre o legislador.

Talvez mereça reparo essa última conclusão de Chayes que professa a natureza menos intrusiva do *public law litigation*, haja vista essa espécie de jurisdição não atua apenas sobre o ajuste da atividade administrativa, mas interfere potencialmente no âmbito de conformação do legislador, quando não haja regime legal dispondo sobre a política pública ou quando o juiz a desconsiderar.

De todo modo, é relevante refletir sobre o impacto que a excessiva intervenção judicial nas políticas públicas pode gerar na legítima esfera de atuação do administrador público, bem como na relevância da legislação na formatação das políticas públicas. Antes disso, cabe revisitar o tema relativo ao princípio da separação de poderes.

III. O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SEPARAÇÃO DE PODERES

O gérmen da separação de poderes já pode ser visto na concepção inglesa da *rule of law*,[19] dos idos do século XII, pela qual se entendia a impossibilidade de o elaborador da norma ser seu aplicador (no sentido judicial e executivo).[20]

O princípio, todavia, obteve formulação autônoma apenas tempos depois, pela pena de dois pensadores franceses: Rousseau e Montesquieu. Para o primeiro, não havia de se falar propriamente de separação de poderes, uma vez que todo o poder – que era do povo – devia estar representado no Legislativo (monismo do legislador). A separação entre Executivo e Legislativo serviria, nesse contexto, apenas para garantir o primado da lei e não o equilíbrio de poderes ou o controle de poder sobre poder.[21, 22] Nessa concepção, o Executivo e o Judiciário seriam, no máximo, funções estatais. Para Montesquieu, que construiu seu modelo a partir de uma sociedade estamental, o poder estatal deveria ser dividido de modo a refletir a estratificação social. Tem-se, aqui, cada poder estatal representando um estrato da sociedade: o Poder Executivo representando o Rei; a Câmara Alta, a nobreza; a Câmara Baixa, a burguesia.[23]

---

[19] PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Portugal: Coimbra Editora, 1989. p. 50.
[20] BRADLEY, A. W.; EWING, K. D. *Constitucional and Administrative Law*. Twelfth edition. New York: Longman, 1997. p. 105.
[21] SALDANHA, Nelson. *O Poder Legislativo*: Separação de Poderes. Brasília: Fundação Petrônio Portella – MJ, 1981. p. 12-14.
[22] PIÇARRA, Nuno. *Op. cit*. p. 21.
[23] O Judiciário, para Montesquieu, não era poder, porque não representava qualquer estrato social, mas mera função.

Na experiência norte-americana, esses dois modelos encontram uma síntese, voltada a construir uma engenharia constitucional que conciliasse os ideais da soberania popular, da república do governo das leis.

Na revolução americana, é consagrado o ideal de Rousseau da soberania popular: todo o poder emana do povo (cuja vontade se manifesta por seus representantes). De Montesquieu é absorvida a ideia da separação de poderes (sem a vinculação entre poder social e poder estatal, pois não há, na sociedade norte-americana, uma sociedade estratificada que divide a soberania entre suas várias camadas. Há apenas um titular do poder soberano: o povo). Observa-se, ainda, na rica experiência constitucional norte-americana, a consagração do modelo de *checks and balances* (freios e contrapesos), em que não há independência absoluta entre os poderes, porque há espaço para a interdependência.[24]

Essa visão institucional-normativa do princípio da separação de poderes, iniciada nos Estados Unidos, encontra expressão na Constituição de 1988, em seu art. 2º, segundo o qual "são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário".

Desse dispositivo constitucional, lido em conjunto com os dispositivos constitucionais que tratam das competências de cada Poder, enuncia-se a *dimensão negativa* do princípio da separação de poderes, que assim pode ser sintetizada: cada um dos poderes é independente, em princípio, nos seus processos decisórios, mas acha-se sujeito à interferência dos outros poderes nas situações expressamente previstas no texto constitucional.[25]

A essa leitura do princípio é hoje agregada uma *dimensão positiva*, consistente no dever constitucional de se organizar de forma ótima as funções estatais. O princípio da separação de poderes, nessa dimensão, serve como parâmetro de resolução de conflitos institucionais: a partir de uma pauta de otimização das funções estatais (em casos que envolvam problemas de delimitação de competência), ter-se-ia que *determinada função será exercida por quem tem legitimidade para decidir e responsabilidade pela decisão*.[26] Cometendo a Constituição determinado dever para um poder, outorga-lhe, também, os

[24] Para maiores detalhes, vide MADISON, James. Número LI: Desenvolvimento do tema na mesma perspectiva e conclusão. *In*: *Os artigos federalistas*. Edição integral. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

[25] São vários os casos em que esse jogo de coordenação entre os diversos poderes é estabelecido expressamente no texto constitucional. O Poder Legislativo interferindo na função executiva, por exemplo, quando fiscaliza a administração financeira e a execução do orçamento (com auxílio do TCU). O Poder Legislativo interferindo na função jurisdicional quando julga o presidente e o vice-presidente da República e o ministro do Supremo Tribunal Federal por crimes de responsabilidade. O Poder Executivo interferindo na função legislativa quando edita Medidas Provisórias ou exerce o poder de veto. O Poder Executivo interferindo na função judicial quando indulta ou comuta pena. O Poder Judiciário interfere na função legislativa quando tem a iniciativa legislativa para dispor sobre o Estatuto da Magistratura. O poder Judiciário interfere na função administrativa quando não permite que o presidente da República conceda a extradição.

[26] PIÇARRA, Nuno. *Op. cit*. p. 262.

instrumentos necessários para a consecução de suas tarefas, desde que esteja orgânica e funcionalmente preparado para exercer essas funções. Canotilho, nesse sentido, reconhece que a possibilidade de exercício adequado e justo da função deve ser um critério de aferição (que se irradia a partir do princípio da separação de poderes) da legitimidade de atribuição de determinada função estatal.[27]

Assim, se, nos termos do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição, nenhuma lesão ou ameaça de lesão será afastada do Judiciário, não é possível conceber a existência de imunidade de jurisdição para atos administrativos discricionários.[28]

Idêntico raciocínio explica o poder normativo da administração pública: se lhe compete ordenar a sociedade em uma perspectiva dinâmica (como ocorre com a fixação da taxa de juros), há de ser reconhecida a existência de poder normativo do Executivo, que pode expedir normas primárias, desde que haja lei que lhe fixe essa competência.[29]

Pode-se citar, por fim, o exemplo dos poderes investigatórios das Comissões Parlamentares de Inquérito. Prevista na Constituição, uma vez que existe a possibilidade de o Congresso Nacional instituir CPIs, devem lhe ser reconhecidos certos poderes investigatórios.

Em todos esses casos, há, aparentemente, o exercício de uma função atípica por um poder. Trata-se, apenas, de uma aparência, porque definida pela Constituição determinada dever/função a um Poder, é necessário reconhecer-lhe determinados poderes instrumentais, quando o órgão tiver condições funcionais para exercer de forma legítima e responsável essa função. Não se trata de delegação, mas de reconhecer poderes imanentes ao órgão, que tem estrutura orgânica e funcional adequada para exercer a função atípica.

Essa abertura dada pela compreensão do princípio da separação de poderes, por um lado, libera-nos para lidar com maior desenvoltura com os problemas atuais para os quais a dogmática tradicional parecia exaurida. Por outro lado, a dimensão positiva desse princípio traz graves problemas na relação entre os poderes: surgem para o Judiciário, por exemplo, perspectivas de atuação antes vedadas. Para alguns, o juiz não só pode declarar a inconstitucionalidade de um ato e examinar o mérito do ato administrativo, mas pode substituir a vontade legislativa e administrativa pela sua própria.

Essa concepção mais fluida (e, por isso mesmo, mais contestável) da separação de poderes – permitida pela dimensão positiva – reclama uma compreensão política sobre a razão

---

[27] CANOTILHO, J. G. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Portugal: Almedina, 1999. p. 246.
[28] Apesar de não ser lícito ao Judiciário substituir-se ao administrador, pode ele examinar se o ato administrativo não transbordou de seus limites, ao fugir da finalidade pública preordenada na norma que conferiu competência ao agente administrativo.
[29] Essa questão foi por nós tratada em livro intitulado *Direito e Economia*: *o poder normativo da administração pública na gestão da política econômica*, publicado pela Sergio Antonio Fabris Editor.

de ser desse próprio princípio, para que se construa um parâmetro de aferição de competências em situações de impasse, o que pode ser feito a partir da análise dos objetivos buscados pelo constitucionalismo, ontem e hoje, na estratégia de separar funções entre diversos órgãos do Estado.

Em face dessa nova perspectiva do princípio da separação de poderes, ganha sentido e relevância a advertência de Bruce Ackerman, para quem "sem orientação normativa específica, o debate sobre a separação dos poderes degenera para uma engenharia constitucional simplória. A própria ideia 'da eficiência' institucional é completamente vazia, salvo se for vinculada a fins mais substantivos".[30]

IV. A RACIONALIDADE DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES: POLÍTICA E DIREITO

Como já noticiava Bobbio, o Estado Moderno, na luta pela limitação do poder estatal, engendrou várias formas para impedir os abusos que caracterizavam o Estado absoluto: *i*) impor um limite externo ao poder do Estado (notadamente os direitos fundamentais, vistos como direitos naturais); *ii*) estabelecer limites internos (teoria da separação de poderes); e *iii*) retirar o poder soberano do monarca e atribuí-lo ao povo. É nesse cenário que se desenvolve toda a doutrina política que forjou o constitucionalismo.[31]

Para, então, iniciar uma reflexão ampla sobre o peso que deve ser dado à tutela jurisdicional em confronto com o poder legiferante e administrativo primários, convém compreender o cerne do problema com que o princípio da separação de poderes lida.

Jon Elster defende que "o poder, para ser eficaz, precisa ser dividido" e que "a onipotência, longe de ser uma benção, pode ser uma maldição".[32]

A eficácia da política, no entendimento de Elster, estaria basicamente vinculada à ideia de credibilidade, no sentido de que os compromissos assumidos são críveis e serão cumpridos.

Um poder supremo, que não tema a frustração de expectativas, pode até rever suas promessas, mas não terá credibilidade para fazer mudanças que demandem colaboração.[33]

---

[30] ACKERMAN, Bruce. *A nova separação de poderes*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009. p. 6

[31] Bobbio, Norberto. *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*. 3. ed. Brasília: Editora UnB, 1995. p. 15-17.

[32] ELSTER. Jon. *Ulisses liberto*: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições. Trad. Cláudia Sant'Ana Martins. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 188.

[33] Diante do paradoxo da onipotência – segundo o qual o onipotente, por não estar submetido a qualquer sujeição, é livre para obrigar-se, mas, para ser soberano, não pode estar obrigado nem mesmo perante a si próprio –, Elster opõe que, apesar de logicamente correta, a última assertiva (de que o soberano não está vinculado a seus compromissos) não é verdadeira. O soberano não respeitar as próprias disposições pode

Desse modo, a separação de poderes é um poderoso dispositivo constitucional para assegurar que os compromissos constitucionais assumidos (notadamente, na tradição constitucionalista, a observância dos direitos constitucionais e das limitações do poder) tenham perspectiva real de cumprimento.

Com efeito, é difícil supor que um governante, por mais bem intencionado que esteja, cumpra os compromissos constitucionais simplesmente porque são constitucionais.

Não seria estranho (nem irracional) que o governante atual não se sentisse vinculado à Constituição promulgada antes de seu governo ou, embora concordasse com a Constituição, considerasse que o presente reclamasse outro curso de ação política. Esse é o problema da inconsistência temporal.[34]

Também podem ser considerados entraves ao cumprimento da Constituição as paixões e os interesses: um crime bárbaro pode conduzir facilmente um governante a buscar a implementação da pena de morte (com ampla aprovação popular).

Para lidar com essas contingências próprias da política, a separação de poderes, como dito, é uma importante estratégia, a fim de evitar que aquele órgão que formule uma regra não seja o mesmo que a execute ou que aprecie a conformidade das condutas em relação a ela.

Além disso, a separação de poderes pode servir a outros propósitos: ao assegurar a especialização funcional, a separação de poderes pode aumentar a eficiência e diminuir a corrupção.[35]

Observa-se que, a partir dessa engenharia, ao Legislativo é atribuída a função de regular os aspectos fundamentais da vida em comunidade, de modo a conferir previsibilidade e segurança na vida dos cidadãos, que devem gozar de ampla liberdade para organizarem suas

---

representar perda de legitimidade (religiosa, política). Trata-se da irreversibilidade das promessas, circunstância que torna falsa a assertiva de Hobbes de que "aquele que pode acorrentar pode libertar". Prossegue Elster: "Em política, como em tudo o mais, fazer uma promessa e depois quebrá-la é pior que não fazê-la" (ELSTER. Jon. *Ulisses liberto*: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições. Trad. Cláudia Sant'Ana Martins. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 190).

[34] Inconsistência temporal (ou dinâmica) "ocorre quando a melhor política planejada atualmente para algum período futuro não é mais a melhor política quando o período chega" (ELSTER, Jon. *Ulisses liberto*: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições. Trad. Cláudia Sant'Ana Martins. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 188; 40). Essa inconsistência (ou inversão) é causada simplesmente pela passagem do tempo (não por mudanças do ambiente ou do sujeito). Elster destaca duas espécies de inconsistências temporais (que se classificam em razão da causa da inconsistência). São elas: *i*) inconsistência temporal causada pelo *desconto hiperbólico* – é a inconsistência temporal decorrente da antecipação do bem-estar futuro por um valor presente menor; *ii*) inconsistência temporal por *interação estratégica* – relaciona-se ao problema de se fazer ameaças e promessas críveis (quando o resultado está sob controle de quem os faz) ou avisos e encorajamentos (quando o resultado está fora do controle de quem faz). Essa espécie de interação estratégica pode gerar frustração quanto ao plano originalmente pensado.

[35] ELSTER, Jon. *Ulisses liberto*: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições. Trad. Cláudia Sant'Ana Martins. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 188; 196.

vidas privadas. Na modernidade, a lei, como veículo privilegiado de enunciação do Direito, nasce com a missão ser a expressão da razão humana.[36]

Num segundo momento, vê-se que a lei – sem abdicar de seus predicados modernos – também se transforma em veículo de promoção da igualdade material, a partir do momento que se impõe à sociedade e ao Estado a missão de promover o desenvolvimento dos indivíduos. Trata-se da implementação de políticas públicas, a demandar, como já visto, a formulação legislativa e, depois, a administrativa.

De seu turno, o Judiciário, nessa engenharia constitucional, surge como um órgão de defesa do cidadão em face de outros cidadãos e do Estado, na preservação da liberdade reconhecida aos indivíduos.

O papel do Judiciário e a eficiência do controle jurisdicional ganham contornos mais fortes quando se altera a percepção sobre as questões políticas fundamentais da sociedade, como aquelas relacionadas aos direitos fundamentais de igualdade e solidariedade.

O Judiciário atua, em todas essas perspectivas, como importante fiador dos compromissos constitucionais, cuja concretização imediata é conferida à própria sociedade e, no âmbito do Estado, ao Legislativo e ao Executivo (que são os protagonistas da ação estatal, no Estado de Direito).

De um lado, a ideia de previsibilidade, segurança e justiça. Do outro, a garantia da efetividade desses compromissos. Tudo isso, a evocar a noção moderna de ordenamento jurídico, na qual a formulação, a interpretação e a aplicação do direito se consubstanciam em seus diversos momentos de concretização.

A separação das funções legislativa e administrativa (voltada à formulação de preceitos primários e à sua execução, respectivamente) e judiciária (concebida para dizer o direito, e implementá-lo em situações de conflito), em órgãos distintos, não é um fim em si mesmo. Essa engenharia constitucional serve ao propósito de potencializar o cumprimento da Constituição.

Se há alguma racionalidade nessa engenharia, não é correto conceber situações em que um determinado poder possa substituir-se aos outros ou sobrepor-se a eles, porque isso

---

[36] Esse projeto de Direito é perseguido pelo positivismo jurídico. Conforme lição de Elival da Silva Ramos, o positivismo jurídico tem como elementos: *i*) a coação ("a visão tradicional em que a coação é parte integrante do próprio conceito de direito, permitindo a identificação de uma norma como jurídica ou não, foi substituída por uma abordagem moderna, segundo a qual a força física é objeto de regulação pelo direito, que pode dela prescindir e continuar existindo" – p. 38); *ii*) a legislação (e a Constituição) como fonte preponderante do direito (sobrepondo-se aos costumes e à jurisprudência); *iii*) a norma jurídica é vista como proposição prescritiva imperativa; *iv*) o direito apreendido com ordenamento jurídico (daí decorrendo sua coerência e sua completude); e *v*) a interpretação controlada (RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial*: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 36-44).

conduz à anulação da própria separação de poderes e a uma desordenação da atividade do Estado, em prejuízo da concretização da Constituição.

V. O ATIVISMO JUDICIAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS COMO FATOR DESORDENADOR DA ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DO LEGISLATIVO

O protagonismo do Judiciário na definição do sentido do direito e na implementação dos direitos sociais (postura essa que aqui denominamos ativismo judicial) não implica apenas um novo equilíbrio entre o exercício das funções legislativas, administrativas e judiciárias.

É possível identificar, na hipertrofia do Judiciário, quando passa a pautar as políticas públicas, a atrofia da administração pública e a desconsideração do Legislativo como espaço de embate político.

Mais do que isso, algo essencial para o funcionamento da atividade administrativa, do direito e da sociedade se perde com essa nova postura do Judiciário: previsibilidade. Com efeito, parece precipitado afirmar que a excessiva intervenção judicial na estruturação de políticas públicas teria a virtude de impulsionar a adequação da atuação dos demais poderes ao direito (ou seja, que a intervenção judicial poderia criar uma espécie de aprendizado institucional).

Conquanto não se negue a possibilidade de diálogo institucional entre os poderes (pelo contrário, considera-se que essa é uma perspectiva que deve ser abraçada na compreensão do princípio da separação de poderes), não pode ser ela utilizada como fundamento para uma intervenção judicial forte sobre a atuação legislativa e administrativa na definição das políticas públicas, sob pena de inviabilizar-se esse diálogo, pela perda de normatividade da ação desses outros dois poderes.

Isso porque a intervenção judicial forte – que se identifica quando o juiz define a política pública sem levar em consideração o quadro normativo estabelecido pela administração pública e pela legislação, se pautando exclusivamente na sua leitura dos princípios constitucionais de como devem ser oferecidos os bens e serviços públicos – afasta a previsibilidade ínsita ao direito. Cabe desenvolver esse argumento.[37]

A falta de previsibilidade do direito gera, entre outras circunstâncias, a crença de que a atividade legislativa não tem aptidão hoje para definir, durante e após o processo legislativo, o

---

[37] A versão completa desse argumento está desenvolvida em: QUINTAS, Fábio Lima. O Juiz como última instância da Administração Pública: o impacto do ativismo judicial na ordenação do direito e na função administrativa. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais* – RBEC, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 245-261, out./dez. 2011.

conteúdo do direito e regular a vida das pessoas. Por outro lado, conduz à imobilização da atividade administrativa, sobretudo no que se refere à implementação de políticas públicas.

É ponto de consenso, no direito administrativo, que a administração pública age para satisfazer o interesse público, que encontra na lei sua expressão.[38] Com efeito, já é lugar comum no direito administrativo o entendimento de que o administrador encontra na lei os limites, a forma e a finalidade de sua atuação. Fora da lei, portanto, não há espaço para atuação regular da administração. Entre a atividade administrativa e a lei há uma evidente relação de subordinação. A atividade administrativa, por assim dizer, é regida pelo influxo da finalidade preordenada pela lei.

Em vista dessas considerações, tem-se que a doutrina clássica do direito administrativo não reputaria como legítima decisão do administrador público que não tenha expressão na lei, mesmo que pautada em inúmeros precedentes judiciais. Isso porque, nos termos do regime administrativo, a atuação do administrador deve buscar conformidade com a lei, não com a interpretação judicial.

Quando o provimento judicial decorre de uma leitura possível da regra em aplicação, é certo que não há problema de o administrador abraçar essa leitura judicial (entre outras possíveis), e aqui há espaço para um produtivo diálogo institucional entre os poderes. Mas quando o provimento judicial alcança a sua decisão colocando de lado a regra e se apegando a um princípio (à luz do entendimento que faz de todo o ordenamento jurídico), a decisão judicial não servirá para dar suportes aos processos decisórios futuros do agente público acerca de questões análogas.

Em síntese, a decisão judicial ativista (a intervenção judicial forte) não colabora para a funcionalidade da atividade administrativa, por não oferecer parâmetros que sirvam de fundamento seguro para a sua atuação. Um administrador público que paute sua atuação exclusivamente em precedentes judiciais, pondo de lado eventuais regras existentes, terá seu ato provavelmente taxado de ilegal.

Identifica-se, portanto, um hiato entre a atividade jurisdicional ativista e a prática administrativa e legislativa, na medida em que, em princípio, o ativismo judicial não é capaz de produzir um diálogo com os outros poderes, de alimentar o processo decisório na esfera administrativa ou legislativa.

---

[38] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 31.

Isso sucede na medida em que o precedente judicial ordinário (ou seja, excluindo-se precedentes do STF dotados de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante) não serve como condição suficiente para justificar o processo decisório do administrador.

Se assim ocorre, tem-se que algo se perde no direito com o ativismo judicial: a sua capacidade de ordenação (e aqui não se discute se essa perda de capacidade de ordenação se justifica pela suposta tutela de direitos).

O direito tem a pretensão de ser uma ordem normativa. Ordem não propriamente no sentido de comando, mas no sentido de ordenação: o estabelecimento de um padrão estipulado, que seja racionalmente inteligível em sua totalidade.[39]

De fato, o direito não existe apenas como expressão da autoridade e da coerção. O direito existe como realidade própria na qual se manifesta práticas sociais convergentes orientadas por um critério explicativo e regulativo, por meio do qual as pessoas identificam padrões de funcionamento. O Direito é mais do que mera aceitação e subordinação: é um critério regulador de conduta.[40]

Essa dimensão é percebida quando se analisa o direito na perspectiva do usuário da norma (o cidadão, os agentes públicos etc.), que busca se orientar a partir de uma ordem normativa que lhe é imposta institucionalmente (na medida em que está assentada num sistema de regras que estabelece como o direito é formado e implementado).[41]

Existe, pois, uma dimensão do ordenamento jurídico que não pode ser compreendida apenas como sistema de coerção.

Significa dizer que o direito – antes de ordenar, comandar – precisa orientar a conduta, definindo padrões sobre o que seja certo e errado. Aqui temos a proposição do direito como verdadeiro ordenamento jurídico.

Nesse cenário, entende-se que "o próprio Judiciário não pode ser permanentemente o canal de reivindicações: quando isso acontece é sinal claro de que os outros canais estão obstruídos e de que as negociações informais não funcionam, certamente pela enorme desigualdade de poder negociador e político das partes envolvidas".[42]

É certo que as regras instituídas pela legislação e pela administração não são o direito por inteiro. É certo também que a função de aplicar o direito de forma segura, harmônica e

---

[39] MACCORMICK, Neil. *Institutions of Law*. Oxford University Press, 2009. Cap. 1.
[40] MACCORMICK, Neil; BANKOWSKI, Zenon. *Speech acts, legal institutions, and real laws*. 1986.
[41] MACCORMICK, Neil. *Institutions of Law*. Oxford University Press, 2009. p. 1-7.
[42] LOPES, José Reinaldo de Lima. Judiciário, democracia e políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 31, n. 122, p. 263, maio/jul. 1994.

que lhe dê sentido é, por excelência, dos Tribunais. Mas não se pode olvidar que a existência de regras instituídas previamente à sua aplicação é uma parte essencial do Direito.[43]

Por isso, há de refletir-se sobre a existência de justificativas para fazer prevalecer a razão dos Tribunais sobre os outros fóruns de ação política em situações de normalidade institucional.

VI. A INTERVENÇÃO JUDICIAL NO CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Nessa sintonia fina, na separação de atribuições entre poderes, em um modelo de freios e contrapesos (na dimensão positiva do princípio da separação de poderes a que se referiu), o equacionamento de dois problemas deve sempre nortear a delimitação de papéis do Poder Judiciário: *i*) quem deve guardar os guardiões ("Os freios devem eles mesmos ser mantidos sob freios, de outra forma não haveria um sistema de freios e contrapesos"); e *ii*) quem deve indicar os guardiões e, se necessário, removê-los de seus cargos ("Os freios devem ser genuinamente independentes das instituições contra as quais se supõe que agirão").[44]

Em face das garantias constitucionais da independência do Judiciário, da inamovibilidade dos magistrados e outras garantias institucionais da espécie, já se vê que a discussão sobre freios e contrapesos, no exercício da função jurisdicional, não pode ter como foco principal de análise a questão relacionada à indicação e remoção dos magistrados.

O cerne da questão, no âmbito da Constituição de 1988, está na discussão sobre "o guardião dos guardiões", ou seja, das alternativas existentes para conter os freios, quando utilizados de forma abusiva.

O ideal é que não se busque acionar freios aos que aplicam os freios, para evitar uma perigosa situação de crise institucional (como ocorreu quando Roosevelt ameaçou a Suprema Corte de criar novas vagas de ministros em resposta à política da Corte de negar a constitucionalidade de medidas do *New Deal*). Na visão de Elster, a melhor forma de evitar crises passa pela prudência dos guardiões ao se utilizarem dos freios.

> Não há uma maneira confiável de distinguir entre o caso em que um tribunal constitucional deveria ser encorajado a agir contra as preferências arraigadas da maioria e o caso em que está simplesmente fazendo seu trabalho ao agir contra suas preferências temporárias (…). E se uma solução para o

[43]MACCORMICK, Neil. Law as institutional fact. *In*: *An Institutitional theory of law*. Reidel Publishing Company, Dordrecht, Holland, 1992. p. 74.

[44] ELSTER, Jon. *Ulisses liberto*: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições. Trad. Cláudia Sant'Ana Martins. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 179-180.

> problema secundário criado pelos dispositivos de pré-compromisso simplesmente recriaria o problema que ela deveria solucionar, talvez se deva decidir não adotá-la.[45]

A chave está, portanto, na autolimitação da função jurisdicional, voltada primariamente ao controle das demais funções, com a mínima competência para definir e implementar políticas. O Judiciário, como freio ao Legislativo e ao Executivo, deve, em situações de impasse, restringir sua atuação, sob pena de ver desacreditada ou contestada sua própria função.

Nesse diapasão, permanecem atuais as advertências de Tocqueville, sobre os riscos a que se submete o Judiciário quando assume novas funções políticas:

> Seu poder [o do Judiciário] é imenso, mas é um poder de opinião. Eles são onipotentes enquanto o povo aceitar obedecer à lei; nada podem quando ele a despreza. Ora, a força de opinião é a mais difícil de empregar, porque é impossível dizer exatamente onde estão seus limites. Costuma ser tão perigoso ficar aquém deles quanto ultrapassá-los.[46]

O Judiciário não pode, pois, ter a pretensão de diluir a democracia num projeto de tutela de direitos, sob pena de comprometer a sua própria função.

Por outro lado, a hipertrofia da tutela de direitos pelo Judiciário pode conduzir ao enfraquecimento dos canais ordinários de deliberação política. Carlos Santiago Nino enfatiza, a propósito, que a busca de efetivação dos direitos fundamentais pode representar o enfraquecimento da democracia:

> Si un juez, como supervisor del buen funcionamiento del sistema democrático, decide que un ciudadano debe tener atención médica adecuada, pues si no se ressiente su participación libre e igualitaria en ese proceso, contribuye sin duda al mejor funcionamiento del proceso, pero le quita

[45] ELSTER, Jon. *Ulisses liberto*: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições. Trad. Cláudia Sant'Ana Martins. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 212

[46] TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*. Livro 1: leis e costumes. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 170.

> competencia para decidir cómo deben distribuirse los recursos de salud. Por eso, es necesario hacer un delicado equilibrio entre reconocerle un adecuado alcance al método democrático de decisiones – esperando que él mismo corrija sus deficiencias de funcionamento – e intervenir externamente para promover su valor epistémico, cuando los vicios que él presenta son tan profundos que tienden a perpetuarse y profundizarse sin esa intervención externa.[47]

Se é correto pensar que a democracia não pode sobrepor-se à tutela de direitos, também é correto que a tutela de direitos não pode substituir-se à democracia.

É nessa perspectiva que se conclui que – considerando o princípio da separação de poderes, que permanece tendo uma função singular e relevante no constitucionalismo – o Poder Judiciário continua com nítida função de controle, como um freio ao Legislativo e ao Executivo. Ele não deve ter a pretensão de assumir o protagonismo na implementação de políticas públicas, embora esteja ele habilitado a controlá-lo.[48]

CONCLUSÃO

Na conformação do princípio da separação de poderes, a compreensão acerca das atribuições do Poder Judiciário está associada à definição de uma difícil equação, em que se contrapõem as diretrizes da tutela de direitos e da democracia, ambas integrantes da noção de Estado Democrático de Direito,[49] não se podendo a chegar a solução que aniquile um objetivo em benefício do outro.

No que tange à função jurisdicional, tem-se que a garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, inciso XXXV, da CF) e a previsão de um Judiciário independente (arts. 2º e 95 *usque* 99 da CF) se inserem entre os instrumentos de proteção do indivíduo, o que facilmente conduz à expectativa de um Judiciário atuante, garantidor – *per se* – da fruição desses direitos, em detrimento da democracia representativa e da separação de poderes.

---

[47] NINO, Carlos Santiago. *Fundamentos de derecho constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 2005. p. 714. Entende Nino que o constitucionalismo pode ser compreendido em três dimensões (os direitos fundamentais, o sistema democrático e a Constituição) e que essas dimensões estão em constante tensão.

[48] O autor faz uma reflexão sobre a forma e a intensidade da intervenção judicial no controle das políticas públicas, no Estado Democrático de Direito, em texto ainda não publicado intitulado *Juízes-Administradores: a intervenção judicial na efetivação dos direitos sociais*, que desenvolve a intervenção proferida pelo autor no II Seminário Luso-Brasileiro de Direito (Jurisdição Constitucional e Direitos fundamentais: interface Portugal/Brasil, realizado na Universidade de Lisboa, de 22 a 24 de abril de 2014).

[49] NINO, Carlos Santiago. *Fundamentos de derecho constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 2005. p. 714.

Mister reconhecer, no entanto, que a efetivação dos direitos não é uma prerrogativa apenas do Judiciário. Ela é imposta, em verdade, a todo o Estado e à sociedade.

Isso fica evidente quando se verifica que o constitucionalismo forjou dois espaços distintos para promover esse projeto: a esfera pública (do político) – na qual se estabelece o regime voltado à preservação da comunidade na qual se insere o indivíduo – e a esfera privada (do social) – na qual se busca a proteção e o exercício da vontade e do interesse autônomos do indivíduo, em uma esfera de incolumidade.[50]

Não obstante o Judiciário possa constituir-se um espaço público de discussão voltado à prestação jurisdicional, é certo que a função primária da jurisdição não é promover a discussão política nem prover decisões dessa espécie, que encontram foro mais apropriado em outros órgãos estatais (Legislativo e Executivo) e em outros espaços sociais (associações, partidos políticos, condomínios etc.), ainda mais porque a imparcialidade da jurisdição só se concretiza em vista da vinculação do juiz ao direito preestabelecido.

Isso significa que a tutela dos direitos sociais pelo Judiciário e o controle jurisdicional de políticas públicas, não obstante seja inerente ao Estado Democrático de Direito, não pode ignorar os canais ordinários de deliberação política ou pretender substituir-se a elas.

BIBLIOGRAFIA

ACKERMAN, Bruce. **A nova separação de poderes**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. 3. ed. Brasília: Editora UnB, 1995. p. 15-17.

______. **Teoria Geral da Política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. (Organizado por Michelangelo Bovero). Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

BRADLEY, A. W.; EWING, K. D. **Constitucional and Administrative Law**. Twelfth edition. New York: Longman, 1997.

---

[50] Como esclarece Bobbio, "uma vez que o poder político é definido como aquele poder que se serve em última instância da força física para alcançar os efeitos desejados, ele é também aquele poder ao qual se apela para resolver os conflitos cuja falta de solução teria por efeito a desagregação interna da comunidade política – o desaparecimento dos 'amigos' – e a sua supressão a partir do exterior – a vitória dos 'inimigos'" (BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política*: a filosofia política e as lições dos clássicos. (Organizado por Michelangelo Bovero). Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. p. 222).
O político, portanto, não se confunde com o social. O social é o espaço onde se realizam as relações econômicas e onde se dá a formação e a expansão da vida espiritual. Na esfera social, não ocorre a manifestação monopolizada do poder coativo (BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política*: a filosofia política e as lições dos clássicos. (Organizado por Michelangelo Bovero). Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. p. 172-173).

BUCCI, Maria Paula Dallari. As Políticas e o direito administrativo. **Revista trimestral de direito público**, São Paulo, v. 13, p. 134-144, 1996.

______. O conceito de política pública em direito. *In*: ______. (Org.). **Políticas públicas:** reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes; VITAL MOREIRA. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. São Paulo: RT, 2007. v. 1.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 3. ed. Portugal: Almedina.

______. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6. ed. Portugal: Almedina.

CHAYES, Abram. The role of the judge in Public Law Litigation. **Harvard Law Review**, v. 89, n. 7, May 1976.

ELSTER. Jon. **Ulisses liberto**: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições. Trad. Cláudia Sant'Ana Martins. São Paulo: Editora UNESP, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. *In*: **O processo** – Estudos e Pareceres. 2. ed. São Paulo: Editora DPJ, 2009. p. 36-57.

HÄBERLE, Peter. Novos horizontes e desafios do constitucionalismo. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, n. 6, abr./jun. 2007.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MADISON, James. Número LI: Desenvolvimento do tema na mesma perspectiva e conclusão. *In*: **Os artigos federalistas**. Edição integral. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

NINO, Carlos Santiago. **Fundamentos de derecho constitucional**. Buenos Aires: Astrea, 2005.

PIÇARRA, Nuno. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Portugal: Coimbra Editora, 1989.

QUINTAS, Fábio Lima. O Juiz como última instância da Administração Pública: o impacto do ativismo judicial na ordenação do direito e na função administrativa. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais** – RBEC, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 245-261, out./dez. 2011.

______. **Juízes-Administradores**: a intervenção judicial na efetivação dos direitos sociais. (mimeo, roteiro de intervenção na palestra proferida no II Seminário Luso-Brasileiro de Direito, realizado na Universidade de Lisboa, de 22 a 24 de abril de 2014).

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

SALDANHA, Nelson. **O Poder Legislativo**: Separação de Poderes. Brasília: Fundação Petrônio Portella – MJ, 1981.

SALLES, Carlos Alberto de. Políticas Públicas e a Legitimidade para defesa de interesses difusos e coletivos. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 30, n. 121, p. 38-50, mar. 2005.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 66-82.

STF. AgRg no RE 271.286/RS, Rel. Min. Celso de Mello. j. 129.2000.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. Livro 1: leis e costumes. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ZANETI JR., Hermes. A Teoria da Separação de Poderes e o Estado Democrático Constitucional. **Revista Brasileira de Direito Processual** – RBDPro, Belo Horizonte, v. 18, n. 70, p. 49-81, abr./jun. 2010.

Administrando a falência

Ives Gandra da Silva Martins Filho

Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul; mestre em Direito pela Universidade de Brasília; professor do Instituto Internacional de Ciências Sociais (IICS) e da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho (Enamat); Ministro Presidente do Tribunal Superior do Trabalho.

Resumo: Por meio da dialética entre as perspectivas do pessimismo e do otimismo, o Ministro Ives Gandra propõe uma análise do quadro atual do sistema judiciário brasileiro. O autor aponta para a burocratização e lentidão da justiça no Brasil. No entanto, o ministro também indica que o problema é sanável, desde que se tenha disposição e ousadia para se aplicar as medidas para a reforma necessária.

Chesterton, no capítulo *A Bandeira do Mundo* de seu livro *Ortodoxia* (1908), criticava tanto os pessimistas quanto os otimistas: os pessimistas, porque sua tendência a reclamar de tudo leva-os a desistir de encontrar solução para os problemas; os otimistas, porque sua tendência a achar que as coisas já estão boas leva-os a não melhorar e defender o indefensável. Dizia, então, que devíamos ser uma combinação equilibrada das duas posturas: pessimistas o suficiente para não estar nunca contentes com as coisas como estão; e otimistas o suficiente para achar que vale a pena progredir e que isso é possível. Sob essa dupla perspectiva é que pretendo analisar o quadro atual do sistema judiciário brasileiro.

Parafraseando *Macbeth*, de Shakespeare, "há algo de errado no reino" quando, em um país de mais de 190 milhões de habitantes, um em cada três brasileiros tem uma demanda judicial. São mais de 67 milhões de ações tramitando atualmente no Judiciário brasileiro, a serem solvidas por pouco mais de 16 mil juízes de todos os níveis.

A extrema litigiosidade que se encontra pode ser explicada em parte pelo desenvolvimento de uma verdadeira república dos bacharéis, em que há mais cursos de direito no Brasil – mais de 2.500 faculdades de direito – do que a soma dos demais cursos jurídicos do resto do mundo, conforme dados levantados pelo CNJ (Cons. Jefferson Kravchychyn).

Uma distorção que fica ainda mais patente pela necessidade de submissão dos bacharéis brasileiros a um exame de ordem para inscrição no órgão de classe, em que a reprovação é de 90% dos candidatos formados. Uma tal massa de bacharéis e advogados gera uma massa extraordinária de demandas judiciais. O problema então passa a ser o da capacidade de resposta do Judiciário brasileiro a essa demanda de massa.

A Constituição Brasileira, depois da Reforma do Judiciário de 2004, previu, na Emenda Constitucional nº 45, a garantia de uma duração razoável ao processo (art. 5º, LXXVIII), o que não passa de utopia, já que a irracionalidade do sistema mostra como a garantia carece de mecanismos capazes de assegurar o que se promete, com demandas durando de 10 a 30 anos para serem resolvidas. "A justiça que tarda falha", dizia o Min. Ayres Brito. E acrescentamos: "Justiça tardia é injustiça".

Ora, a falta de racionalização judicial começa pelo órgão de cúpula do Judiciário brasileiro, que é o Supremo Tribunal Federal. Com efeito, o que tem salvado o STF do colapso é o sistema da repercussão geral, em que nossa Suprema Corte seleciona os temas que considera com repercussão geral de ordem política, econômica, jurídica e social, deixando de analisar os demais. No entanto, a forma como foi engendrado sistema tem gerado efeitos colaterais mais danosos do que benéficos, travando todo o Judiciário brasileiro.

Um sistema racional de prestação jurisdicional se apoia num tripé:

a) direito do cidadão ao duplo grau de jurisdição, com a sentença monocrática de um juiz sendo revista pelo colegiado de um tribunal, quanto aos fatos e ao direito a eles aplicável;

b) os Tribunais Superiores e a Suprema Corte julgam temas, não casos, fixando o conteúdo normativo da Constituição e das leis federais, não constituindo uma 3ª ou 4ª instância de rejulgamento das causas; e

c) os meios alternativos de composição de conflitos na sociedade devem ser prestigiados, tais como os órgãos de conciliação e mediação e a negociação coletiva.

No entanto, tais pressupostos pilares, respeitados por países civilizados da Europa e da América do Norte, têm sido diuturnamente esquecidos e desprezados no Brasil, uma vez que:

a) o sistema da repercussão geral, diferentemente do *writ of certiorary* da Suprema Corte Americana, não resolve de pronto se vai, ou não, julgar cada processo: ao invés de "mandar para o céu ou para o inferno" cada caso, dando alegria aos que mantêm o ganho de causa e tristeza aos que não terão suas

demandas apreciadas, manda milhares de demandas ao "purgatório" (só na vice-presidência do TST temos mais de 40 mil processos represados, e no TJ-SP, mais de 200 mil!), lugar que, na teologia católica, é de sofrimento, ainda que pautado na esperança de que um dia se chegará ao céu, o que não ocorrerá no sistema da repercussão geral, já que, além da demora de anos (há quase 200 temas aguardando julgamento e só se apreciam um ou dois por semana, tendo a Corte praticamente parado durante o ano em que teve de julgar o processo criminal do "Mensalão"), o julgamento de mérito pode ser desfavorável a quem tanto esperou;

b) no TST, o resíduo processual pendente de apreciação chegou a tal ordem – quase 300 mil processos – que a presidência da Corte firmou "acordo de cooperação técnica" com os Tribunais Regionais do Trabalho para cederem desembargadores e servidores para ajudarem a Corte a debelar esse volume descomunal de processos, como se o problema fosse conjuntural e não estrutural, insistindo-se em julgar casos e não temas, apesar da autorização legal (CLT, art. 896-A), constitucionalmente referendada pelo STF, de se adotar critério de seleção das matérias a serem apreciadas pela Corte;

c) em que pese a orientação das Convenções 98 e 154 da OIT e os comandos do art. 7º, VI, XIII, XIV e XXVI, da Constituição Federal, de se prestigiar a negociação coletiva, como meio alternativo de composição de conflitos laborais, o TST tem anulado dezenas de cláusulas de convenções e acordos coletivos, ao arrepio da Carta Magna, limitando substancialmente a autonomia negocial coletiva, em um intervencionismo que praticamente torna irresponsáveis os sindicatos profissionais que firmam tais normas coletivas, a par de promover flagrante injustiça, ao não admitir a compensação das cláusulas dadas em contraposição aos direitos flexibilizados com supedâneo na Constituição;

d) o STF veio a julgar inconstitucional o art. 615-D da CLT, no que exigia a passagem pela comissão de conciliação prévia das demandas trabalhistas antes de ingressarem no Judiciário – exigência que poderia ser relevada justificadamente e que não poderia ser analisada em mais de 15 dias –, acabou com esse mecanismo de substancial ajuda ao Judiciário, fazendo com que atualmente mais de 3 milhões de processos trabalhistas novos desemboquem diretamente na Justiça do Trabalho, inviabilizando uma resposta rápida e satisfatória (como Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho, em 2013, pude verificar a situação desesperadora dos juízes

do trabalho de 1º grau, com pautas sobrecarregadas de processos para instruir e sentenciar);

e) o ativismo judiciário reinante em todas as esferas do Judiciário brasileiro tem levado à proliferação de recursos, por usurpação de competência legislativa pelo Judiciário, como se verificam, a título de exemplo, nos casos de se querer acabar, por decisões judiciais e *contra legem*, com a terceirização (assegurada no setor de telecomunicações pelos arts. 25, da Lei nº 8.987/95, e 94, II, da Lei nº 9.472/97) e o cooperativismo de trabalho (garantido pela Lei nº 12.690/02, inclusive para licitações públicas, mas atacadas pelo Ministério Público do Trabalho).

Como se vê, a crise é estrutural, tem remédio, mas é preciso vontade política para tomá-lo. Racionalizar o sistema de julgamento nas instâncias extraordinárias e prestigiar os mecanismos alternativos de composição dos conflitos parecem ser os melhores caminhos para se restabelecer uma justiça célere, barata e de qualidade. Mas para isso é preciso vencer preconceitos e substituir paradigmas exauridos.

Enquanto isso não acontecer, seremos administradores da falência e da derrota. Mas, como Churchill na 2ª Guerra Mundial, administrar uma retirada de Dunquerque não deixa de ter o otimismo de esperar que dias melhores virão e que, um dia, poderemos ter o desembarque na Normandia, transformando a derrota de ontem na vitória de amanhã.

Caducidade de normas constitucionais[51]

Jorge Miranda

Doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; professor catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e da Universidade Católica Portuguesa.

Resumo: Nesta comunicação, o professor Jorge Miranda apresenta o fenômeno da modificação das constituições por meio da caducidade. Por meio de um panorama histórico e da comparação entre algumas constituições, o autor discorre sobre a complexidade dos mecanismos constitucionais e suas sutilezas. Acerca de suas mutações, afirma o professor: "As mutações expressas decorrem de atos especificamente a elas dirigidos. Nas mutações tácitas, o evento é um resultado indireto, uma consequência de fatos ou fatores historicamente localizados".

Não é, provavelmente, por acaso que este seminário sobre mutações constitucionais se encerra com uma intervenção sobre caducidade. Encerra-se com uma das formas extremas de mutação, uma das que põem fim à vigência de normas constitucionais.

Mas, antes de entrar propriamente no tema, sejam-me permitidas algumas considerações de carácter geral, para melhor o situar.[52]

Ater-me-ei, como ponto de arrimo, à experiência portuguesa dos últimos quarenta anos, embora supondo que o que vale para Portugal possa valer também, *mutatis mutandis*, para outros ordenamentos jurídicos. Será, sobretudo, uma análise de Direito positivo e muito pouco uma tentativa de construção teórica.

A modificação das Constituições é um fenômeno inelutável da vida jurídica, imposta pela tensão com a realidade constitucional e pela necessidade de efetividade que as tem de marcar. Mais do que modificáveis, as Constituições são modificadas.[53]

---

[51] Comunicação, em 24 de abril de 2014, ao seminário sobre mutações constitucionais promovido pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

[52] *Manual de Direito Constitucional*. v. II. 7. ed. Coimbra, 2013, p. 170 e segs. e 149 e segs.

[53] Cfr., por todos, Temistocle Martines, *Prime osservazioni sul tempo nel Diritto Costituzionale*, in *Scritti in onore di Salvatore Pugliati*, obra coletiva, III, Milão, 1978, págs. 799 e segs.; Anna Cândida da Cunha Ferraz,

Nenhuma Constituição se esgota num momento único – o da sua criação. Enquanto dura, resolve-se num processo (como observa, por exemplo, Mario Nigro[54]) – o da sua aplicação, no qual intervêm todos os participantes da vida constitucional ou, seguindo Peter Häberle,[55] "a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição".

Nem qualquer Constituição se reduz ao complexo sistemático das normas enunciadas num texto. Integram-na, a médio e longo prazo, para lá das normas vindas de revisão ou emenda, inelutavelmente costume e jurisprudência (sobretudo quando há Tribunais Constitucionais), em consonância maior ou menor com a consciência jurídica geral.[56]

Nesse horizonte, aquilo que se verifica é, para empregar a expressão proposta por mim, por Francisco Lucas Pires e por Gomes Canotilho, um fenômeno de *desenvolvimento constitucional*.[57] Tudo está em que a Constituição se vá realizando no respeito dos seus princípios fundamentais.

Para além disso, o que pode afirmar-se, parafraseando de certo jeito Antonio Negri é que, se cada tempo tem a sua Constituição, todo o tempo tem de ser constitucionalizado.[58]

Nas mutações ou modificações constitucionais, o ponto básico consiste na dupla distinção entre mutações totais e parciais e entre mutações expressas e tácitas ou informais.

As mutações totais – a revolução e a transição constitucional – atingem a Constituição como um todo, trata-se de todas as normas constitucionais ou dos princípios fundamentais subjacentes à Constituição formal. As parciais atingem estas ou aquelas normas ou até todas as normas (na chamada revisão total, como tem-se dado na Suíça, por não se atingir o cerne da Constituição material). Ali, *muda-se de Constituição*; aqui, *muda-se a Constituição*.

As mutações expressas decorrem de atos especificamente a elas dirigidos. Nas mutações tácitas, o evento é um resultado indireto, uma consequência de fatos ou fatores historicamente localizados. Além da revolução, da transição e da revisão, distingue-se nas primeiras a derrogação constitucional e a ruptura não revolucionária. As segundas incluem o costume, a interpretação evolutiva (sobretudo a jurisdicional), a revisão indireta e a caducidade.

O problema do costume no constitucionalismo moderno não tem a ver, obviamente,

---

Processos informais de mudança da Constituição, São Paulo, 1986, p. 5-6; Quirino Camerlengo, *I fatti normativo e la certezza del diritto constituzionali*, Milão, 2002, p. 235 e segs.

[54] *Costituzione ed effettività costituzionale*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1969, p. 1.708.

[55] *Die Offene Gesselschaft der Verfassungsinterpreten ein beitrag zur pluralistischen und "prozessualen" verfassungsinterpretation*, trad., *Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*, Porto Alere, 1997.

[56] Cfr. *Manual* …, IV. 5. ed. Coimbra, 2012, p. 256 e autores citados.

[57] V. *Manual* …, II, cit., p. 183 e 184.

[58] *The Constituant Power*, trad. *El poder constituyente*, Madrid, 1994, p. 383.

com a formação originária de uma Constituição – a qual implica sempre o exercício de um poder constituinte – nem com a sua cessação total.

Aceitos ou pressupostos o valor do costume em geral e a efetividade como fator de juridicidade (não em termos de puro fato, mas como sinal de adesão ou não a uma ideia de Direito), reconhecida ainda a interpenetração de norma e realidade constitucional, não pode banir-se o costume do Direito constitucional, não pode recusar-se-lhe qualquer virtualidade de ação. O seu lugar haverá de ser o que resultar da sua capacidade para conformar situações de vida – nesse caso, situações da vida política, situações constitucionalmente relevantes (sejam situações recíprocas dos órgãos de poder, sejam mesmo relações entre o Estado e as pessoas).

O costume possui, decerto, um relevo bem secundário no domínio do Direito constitucional. A verificação mais elementar assim o comprova. Mas não porque o proíba a Constituição em sentido formal, e sim porque a vocação desta vem a ser a de regular a totalidade das relações política (e apenas onde ela não chega ou onde não é efetiva pode entrar o costume).

A existência de Constituição formal não determina a sua exclusividade; determina (parafraseando Heller) a primazia da normatividade constitucional. O que a Constituição formal implica não é a proibição de normas constitucionais criadas por outra via que não a legal; é que tais normas se lhe refiram, nela entronquem e formem com ela, e sob a sua égide, uma incindível contextura sistemática.

A essa luz, quando se estipula que *o poder é exercido nos termos da Constituição* (como consta dos arts. 3º e 108º da Carta Magna portuguesa), tem de se entender que Constituição abrange, em primeiro lugar, a Constituição formal escrita e, em segundo lugar, as normas consuetudinárias que, de diversos modos, a venham completar. Constituição é o todo e é essa Constituição que os órgãos do poder têm de acatar.

Mais difícil tem sido a aceitação do costume *contra legem* ou *contra Constitutionem.* A força jurídica da Constituição formal repele-o por princípio, tanto mais que, destinando-se a Constituição a reger o processo político, aquele haverá de nascer, quase sempre, da não rigorosa observância pelos órgãos do poder das normas constitucionais escritas. O costume constitucional *contra legem* equivale à preterição da constitucionalidade.

Contudo, isso não permite fechar os olhos à vida a ponto de asseverar que tal costume não exista. Condições podem haver que levem à sua formação, ligadas a dúvidas de interpretação de preceitos constitucionais e, em especial, à ausência ou à deficiência de mecanismos de garantia.

Em primeiro lugar, o costume constitucional *contra legem* pode emergir quando os preceitos se prestem a dois ou mais sentidos e algum ou alguns dos seus destinatários lhes deem um entendimento discrepante do de outros ou do entendimento mais generalizado, apesar de tudo, na comunidade política. Algo paradoxalmente *prima facie,* essas hipóteses de costume *contra legem* poderão dar-se a partir de hipóteses de costume *secundum legem.*

Em segundo lugar, pode irromper naqueles sistemas em que não funciona uma fiscalização jurisdicional da constitucionalidade das leis e dos demais atos do poder ou em que, funcionando, não consegue cortar certas práticas inconstitucionais, de tal sorte que, com o decurso do tempo, essas práticas se consolidam e adquiram grau suficiente de obrigatoriedade para prevalecerem. Ou, então, pode acontecer que seja o próprio órgão de controle que, ao emitir o seu juízo em face de um comportamento desconforme com a Constituição escrita ou não usando do seu poder de fiscalização, participe na formação de nova norma constitucional. A efetividade do sentido normativo decorrente desta situação obsta à efetividade do original sentido normativo constante do texto constitucional.

Em terceiro lugar pode brotar ainda costume constitucional quando, existindo sistema de fiscalização da constitucionalidade, este não cubra todos os atos jurídico-públicos. E isso pode suceder com tanto maior frequência quanto é certo que a fiscalização da constitucionalidade tem sido principalmente pensada e organizada em vista de leis e de outros atos normativos e não em vista de atos políticos ou de governo. Ora, tem sido sobretudo no campo dos atos políticos que se têm criado costumes *contra legem.*

Como quer que seja, para que, por meio do costume, caia em desuso uma norma constitucional ou para que seja substituída por outra, tem de haver a consciência de que não se trata de simples derrogação por momentânea necessidade; tem de haver a consciência de que um novo sentido é adotado para valer em situações futuras idênticas e de que este sentido genérico ou generalizante não tem ou já não tem a marca da inconstitucionalidade;[59] e essa consciência não pode ser apenas entre os titulares dos órgãos do poder, tem de se manifestar outrossim entre os cidadãos e traduzir-se num mínimo de aceitação por parte deles.

Em Portugal, neste momento, podem ser referidos:

– a prevalência do setor privado sobre o setor público de propriedade de meios de produção (apesar do art. 82 da Constituição);
– a desvalorização dos planos (apesar do arts. 20 e 91);

[59] Quer dizer: o costume constitucional forma-se quase sempre a partir de certos atos ou omissões; todavia, só aparece, em rigor, quando esses atos ou omissões deixam de ser interpretados como tais para passarem a ser interpretados como elementos integrantes de algo qualitativamente diverso, de um fato normativo.

– a desnecessidade de deliberação pelo plenário do parlamento para que os projetos e as propostas de lei sejam votados na especialidade em comissão (contra o art. 168, nº 3);

– a categoria de ministro de Estado, com precedência sobre os demais ministros (contra o art. 183); e

– o aparecimento, como órgão do município autônomo e com proeminência sobre a câmara, do presidente da câmara municipal (contra o art. 250).

E como casos de costume negativo ou por desuso, porventura:

– a não recusa de ratificação de tratados pelo presidente da República (art. 135, alínea *b*); e

– a não confirmação pela Assembleia da República de diplomas com normas objeto de fiscalização preventiva no sentido de inconstitucionalidade (art. 279, nº 2, *in fine*).

Do desuso poderá talvez aproximar-se a inconstitucionalidade por omissão prolongada por décadas, como a respeito da participação efetiva dos trabalhadores na gestão das unidades de produção do setor público (art. 89) e a respeito da criação das regiões administrativas (arts. 255 e seguintes).

A *interpretação* jurídica deve ser não só objetivista como evolutiva, por razões evidentes: pela necessidade de congregar as normas interpretandas com as restantes normas jurídicas (as que estão em vigor, e não as que estavam em vigor ao tempo da sua publicação); pela necessidade de atender aos destinatários (aos destinatários atuais, e não aos do tempo da entrada em vigor das normas); e pela necessidade de reconhecer um papel ativo ao intérprete, ele próprio situado no ordenamento em transformação.[60] Também a interpretação constitucional deve ser, e é efetivamente, evolutiva – pois qualquer Constituição é um organismo vivo, sempre em movimento como a própria vida, e está sujeita à dinâmica da realidade que jamais pode ser captada através de fórmulas fixas[61].

Não obstante, não pode a interpretação evolutiva servir para *matar* um número maior ou menor de normas, mas, pelo contrário, para, preservando o espírito da Constituição, as

---

[60] Sobre o problema, cfr., por todos, Emilio Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milão, 1949, p. 22 e segs.; Gustav Radbruch, *Filosofia do Direito*, 4. ed. portuguesa, Coimbra, 1961, i, p. 271 e segs.; Manuel de Andrade, *Ensaio sobre a Teoria da Interpretação das Leis*, 2. ed. Coimbra, 1963, p. 14 e segs.; Castanheira Neves, *Interpretação jurídica*, in *Polis*, iii, p. 651 e segs.

[61] Karl Loewenstein, *Verfassungslehre*, trad. castelhana *Teoria de la Constitución*, Barcelona, 1964, p. 164. Mas as modificações da Constituição tem de ser compreendidas “no interior” das suas normas, e, de modo algum, fora da sua normatividade (Konrad Hesse, *Escritos de Derecho Constitucional*, trad., Madrid, 1983, p. 106 e 109).

manter *vivas;* aquilo, no limite, poderá ocorrer por virtude de costume constitucional, não por virtude de atividade interpretativa.

Por seu turno, a *revisão indireta* não é senão uma forma particular de interpretação sistemática. Consiste no reflexo sobre certa norma da modificação operada por revisão (revisão *direta*, revisão propriamente dita): o sentido de uma norma não objeto de revisão constitucional vem a ser alterado por virtude da sua interpretação sistemática e evolutiva em face da nova norma constitucional ou da alteração ou da eliminação de norma preexistente.

Entrando, finalmente, no tema da caducidade de normas jurídicas em geral e de normas constitucionais em especial, importa salientar que ela se entremostra diversa quer do desuso ou costume constitucional negativo, quer da revogação.[62]

Tal como o desuso, a caducidade refere-se necessariamente a certa e determinada norma, e não à Constituição no seu conjunto. Afasta-se por, no desuso, ocorrer uma não prática assumida como relevante (com a consciência de não obrigatoriedade da norma em causa) e, na caducidade, por simplesmente já não se verificarem os pressupostos ou as condições de que dependia a vigência do preceito.

Na revogação dá-se a cessação de vigência da norma por ato expresso que a decreta ou por superveniência de norma contrária. Na caducidade, a cessação de vigência encontra-se preestabelecida ou provém da conjugação de mutações, de direito ou de fato, que tal provocam.

Nenhuma revolução origina anomia constitucional.

Em primeiro lugar, porque em toda a revolução se manifesta uma nova ideia de Direito e são os princípios que dela decorrem – se se quiser, o Direito revolucionário, e não a revolução enquanto puro fato, que determina a revogação e *revogação global*, da Constituição até então vigente. Foi o que aconteceu em Portugal em 25 de abril à luz dos princípios e das medidas do Programa do Movimento das Forças Armadas – tal como em 1820, 1836, 1910 e 1926 e tal como tem acontecido por toda a parte.

Em segundo lugar, qualquer revolução exige um mínimo de institucionalização, por meio da organização provisória do poder e, quando democrática, da preparação da eleição de uma Assembleia Constituinte (ou, em certos países, de realização de referendo constitucional). Foi igualmente o que se verificou em Portugal com a Lei nº 3/74, de 14 de maio, e com outras, copiosas, leis aprovadas por órgãos revolucionários entre 1974 e 1976.[63]

---

[62]Cfr. Miguel Teixeira de Sousa, *Introdução ao Direito*, Coimbra, 2012, p. 174 e segs.

[63] Em plano diferente, entre a revolução de 1820 e a Constituição de 1822, estiveram as “Bases da Constituição”, aprovadas pelas Cortes Constituintes, em 9 de março de 1821.

Ora, as leis emanadas desses órgãos eram, por natureza, leis temporárias, mesmo se a termo incerto. Eis o caso mais importante de caducidade de normas constitucionais.

Além disso, a Lei nº 3/74 manteve, algo anomalamente, em vigor – por receção material – as normas da Constituição de 1933 naquilo em que não contrariassem os princípios expressos no Programa do Movimento das Forças Armadas e nas leis subsequentes publicadas ou a publicar (art. 1º).[64] Com a entrada em vigor da Constituição, também essas normas, até por maioria de razão, teriam de caducar.

A par da revolução deve ser considerada a *transição constitucional*, ou seja, a passagem paulatina de uma Constituição a outra, com observância formal das regras da Constituição inicialmente em vigor, por via de um procedimento de revisão constitucional, mas já com mudança de legitimidade e de efetividade (e, portanto, não de revisão constitucional verdadeira e própria).[65]

Na Espanha, foi isso que sucedeu entre 1976 e 1978, até para se evitar, como afirmou recentemente Philippe Schmitter, uma turbulência que, por certo, seria mais grave do que aquela que Portugal conheceu. E numerosas outras transições constitucionais ocorreram: no Peru, de 1977 a 1979; na Argentina, de 1982 a 1983; no Brasil, de 1985 a 1988; no Chile, de 1988 a 1990; na Polônia, na Hungria e na Bulgária, de 1989 a 1990; em São Tomé e Príncipe, em Cabo Verde, em Moçambique, na Guiné-Bissau e, até certo ponto, em Angola, a partir de 1990; na África do Sul, com a passagem do *apartheid* à democracia multirracial, de 1990 a 1992.

Nesses procedimentos de transição, a Constituição preexistente ainda vai subsistir, definhando, até ser, por fim, revogada, e não propriamente caducando, quando da aprovação da Constituição definitiva.

Nas disposições finais e transitórias da Constituição de 1976 consagrou-se a caducidade das normas subsequentes a 25 de Abril de 1974 em moldes algo diversos:

a) a caducidade das normas constitucionais provisórias que davam poderes constituintes ao Conselho da Revolução antes da aprovação da Constituição, por força desta mesma aprovação (art. 297);
b) a caducidade das normas constitucionais provisórias sobre órgãos de soberania provisórios, pela entrada em funcionamento dos órgãos de soberania da Constituição (art. 294);

[64] Cfr. a crítica em Jorge Miranda, *A Revolução de 25 de Abril e o Direito Constitucional*, Lisboa, 1975, p. 15 e segs.
[65] Cfr. *Manual* …, II, cit., p. 116 e segs. e autores citados.

c) a caducidade das restantes normas constitucionais provisórias pela entrada em vigor da Constituição (art. 292, nº 1).

E também se estabeleceram regimes transitórios[66] relativos:

a) à eleição do primeiro presidente da República (art. 295);
b) ao primeiro mandato do presidente da República (art. 296);
c) à primeira eleição dos deputados à Assembleia da República (art. 298);
d) à primeira legislatura (art. 299);
e) à subsistência do governo provisório (art. 300);
f) aos tribunais (art. 301);
g) às regiões autônomas (art. 302);
h) às primeiras eleições locais (art. 303);
i) à comissão constitucional (art. 304);
j) à fiscalização da constitucionalidade (art. 305);
l) às incapacidades cívicas (art. 308);
m) ao saneamento da função pública (art. 310)[67].

Normas de Direito transitório viriam a encontrar-se em quatro das sete leis de revisão constitucional entretanto já publicadas:

– na Lei Constitucional nº 1/82, de 30 de setembro, nos arts. 238 a 247;
– na Lei Constitucional nº 1/89, de 8 de julho, nos arts. 203 a 207;
– na Lei Constitucional nº 1/97, de 20 de setembro, nos arts. 193 a 197;
– na Lei Constitucional nº 1/2004, de 24 de julho, nos arts. 44 a 47.

Uma vez aplicadas, as normas de Direito transitórias caducam.

Vou tratar, de seguida, de três questões de caducidade à face do texto atual da Constituição, talvez não tão incontroversas como as acabadas de mencionar: as ligadas ao termo "sociedade socialista" no preâmbulo, à afirmação do direito dos povos à insurreição contra todas as formas de opressão no art. 7º, nº 3, 2ª parte, e à previsão de incriminação e de julgamento dos agentes e responsáveis da PIDE-DGS (a polícia política do antigo regime autoritário) no art. 292.

Sobre a natureza do preâmbulo, como se sabe, a doutrina distribui-se por três posições: a tese da irrelevância jurídica; a da eficácia idêntica à de quaisquer preceitos constitucionais;

---

[66] Sobre Direito transitório, v., por todos, José de Oliveira Ascensão, *O Direito. Introdução e Teoria Geral*, 13. ed. Coimbra, 2005, p. 547.

[67] A única disposição transitória que permanece é a respeitante aos distritos (hoje art. 291), por ainda não terem sido criadas – *nem terem de ser criadas* após a revisão constitucional de 1997 – as regiões administrativas (arts. 255 e segs.). Porém, a manter-se, há uma inconstitucionalidade por omissão relativa à assembleia deliberativa distrital (art. 291, nº 2).

entre as duas, a da relevância jurídica indireta ou principialista, não confundindo preâmbulo e preceituado constitucional.[68] É essa tese a que parece mais satisfatória.

O preâmbulo é parte integrante da Constituição, com todas as suas consequências. Dela não se distingue nem pela origem, nem pelo sentido, nem pelo instrumento em que se contém. Distingue-se (ou pode distinguir-se) apenas pela sua eficácia ou pelo papel que desempenha.

O preâmbulo dimana do órgão constituinte, tal como as disposições ou preceitos; é aprovado nas mesmas condições e o ato de aprovação possui a mesma estrutura e o mesmo sentido jurídico. Nem deixaria de ser estranho que, estando depositado em um mesmo documento e inserido em uma mesma unidade, fosse subtraído ao seu influxo ou fosse considerado despiciendo para a sua compreensão. Tudo quanto resulte do exercício do poder constituinte – seja preâmbulo, sejam preceitos constitucionais – e conste da Constituição em sentido instrumental, tudo é Constituição em sentido formal.

Em contrapartida, não se afigura plausível reconduzir a eficácia do preâmbulo (de todos os preâmbulos ou de todo o preâmbulo, pelo menos) ao tipo de eficácia próprio dos artigos da Constituição. Ele não incorpora preceitos, mas sim princípios que se projetam sobre os preceitos e sobre os restantes setores do ordenamento – e daí, a sua maior estabilidade, que se compadece, de resto, com a possibilidade de revisão.[69,70]

O preâmbulo não pode ser invocado enquanto tal, isoladamente; nem cria direitos ou deveres; invocados só podem ser os princípios nele declarados (aqui, sim, em plano idêntico aos que podem ser induzidos do restante texto constitucional); e, do mesmo modo, não há inconstitucionalidade por violação do preâmbulo como texto *a se*; só há inconstitucionalidade por violação dos princípios nele consignados.[71]

Não deixa, por conseguinte, de ser importante e útil a sua proclamação no pórtico da Constituição. Os princípios explícitos ou implícitos no articulado poderão consumir todas as

---

[68]Cfr., entre tantos, Edward S. Corwin, *We the people*, in *The Doctrine of Judicial Review – Its Legal and Historical Basis and Other Essays*, 1914, p. 1 e segs.; Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, Nova Iorque, 1961 (reimpressão), p. 260-261; Biscaretti di Ruffia, *Diritto Costituzionale Comparato*, 6. ed. Milão, 1988, p. 661 e 662; p. 661 e 662; Javier Tajadura Tejada, *Funzione e valore dei preamboli costituzionali*, in *Quaderni Costituzionali*, 2003, p. 509 e segs.; José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 7. ed. São Paulo, 2007, p. 202 e segs.; Alexandre Walmott Borges e Paula Fernanda Pereira de Araújo e Alves, *Análise funcional do preâmbulo constitucional com a utilização pelos métodos tradicionais da interpretação constitucional*, in *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, 2012, p. 125 e segs.; Rúben Miguel Pereira Ramião, *op. cit.*, p. 199 e segs.; *Justiça, Constituição e Direito*, Lisboa, 2013, p. 199 e segs.

[69] Contra: Barbosa de Melo, Cardoso da Costa e Vieira de Andrade, *Estudo e projeto de revisão da Constituição*, Coimbra, 1981, p. 17. Balançando entre argumentos a favor e contra, J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, i, 4. ed. p. 182.

[70] Como sucedeu na Alemanha aquando da reunificação.

[71] Na França, o art. 93 da Constituição de 1946 excluía da fiscalização da constitucionalidade pelo Comitê Constitucional os princípios do preâmbulo. Mas hoje, sobretudo por ação do Conselho Constitucional, a situação é diferente.

afirmações nele contidas; o preâmbulo como que os unifica e liga global e dialeticamente.

No preâmbulo declara-se a decisão do povo português de "assegurar o primado do Estado de Direito democrático". E menção idêntica não constava do articulado antes de 1982 (quando passou a figurar também no art. 2º e no art. 9º, alínea *h*).[72] Ora, apesar disso, a doutrina[73] e a jurisprudência[74] já induziam esse primado de diferentes e numerosos preceitos (arts. 3º, nº 4, 18, 19, 20, 22, 27 e segs., 32, 106, nº 1, 114, 115, 205 e segs., 267, nº 2, 277 e segs.).

Ao invés, tornou-se patente, desde a revisão constitucional de 1989, o defasamento entre a referência a "abrir caminho para uma sociedade socialista, no respeito da vontade do povo português" e alguns dos princípios fundamentais da organização econômica (arts. 81, alíneas *b, c* e *g* e 288, alíneas *f* e *g*), por um lado, e as normas que apelam à iniciativa social, sem prejuízo da prioridade da inciativa pública, na efetivação dos direitos sociais (arts. 63, 64, 65, 66 e 75), por outro lado.

Logo, o "abrir caminho para uma sociedade socialista" só pode ser encarado de duas formas:

a) ou como significando o mesmo que, desde 1989, se diz no art. 1º: "Portugal é uma República soberana (…) empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária"[75] e no art. 2º: "visando a realização da democracia econômica, social e cultural";[76]

b) ou, tendo desaparecido desse mesmo art. 2º o objetivo de "assegurar a transição para o socialismo" e tendo desaparecido também, de entre as tarefas fundamentais do Estado do art. 9º, a de "socializar os meios de produção e a riqueza", do art. 80 e do art. 81, alínea *n* o "desenvolvimento das relações de produção socialistas" e do art. 80 e do art. 288 (inicialmente art. 290) o princípio de "apropriação coletiva dos principais meios de produção" – como significando que tal fórmula deixou de possuir qualquer alcance prático, que caducou, por revisão indireta da Lei Fundamental.

---

[72] E, depois de 2004, também no art. 8º, nº 4.
[73] Assim, Jorge Miranda, *A Constituição de 1976 – Formação, estrutura, princípios fundamentais*. Lisboa, 1978, p. 473 e segs.
[74] V. acórdão nº 164, de 10 de julho de 1979, da Comissão Constitucional, *in* Apêndice ao *Diário da República*, de 31 de dezembro de 1979, p. 81; ou parecer nº 25/81, de 28 de julho de 1981, *in Pareceres*, XVI, p. 266.
[75] De notar que no próprio preâmbulo, se fala na "construção de um país mais livre, mais justo e mais fraterno"; e que, no art. 1º, em vez de se dizer (como em 1976) a República "empenhada na sua transformação numa sociedade sem classes", agora (após 1989), como que se repete "construção de uma sociedade livre, justa e solidária".
[76] No sentido de essa referência, apesar de ter perdido valia hermenêutica, poder servir para impedir uma densificação *fraca* do princípio da democracia económica, social e cultural, J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *op. cit.*, I, pág. 181.

Segundo se lê no art. 7º, nº 3 da Constituição, Portugal reconhece o direito dos povos à insurreição contra todas as formas de opressão.

Naturalmente, em caso algum, ele poderia ser invocado para abranger também parcelas da comunidade política portuguesa (a açoriana ou a algarvia, a madeirense ou a minhota, por exemplo). Primeiramente, porque se dirige exclusivamente às relações internacionais. Depois, porque o direito de insurreição que enuncia só pode justificar-se pela ocorrência de situações de opressão, insuscetíveis de se verificarem no respeito da Constituição; só a ofensa dos valores constitucionais poderia legitimá-la, não a própria Constituição (e é esta que integra os Açores e o Algarve, a Madeira e o Minho na República).

Por outro lado, a despeito da sua origem e da contiguidade com a afirmação da existência de laços privilegiados com os países de língua portuguesa (maior em 1976, por essa afirmação aparecer no mesmo nº 3, e agora nº 4), nem sequer esse preceito vem manifestar o reconhecimento histórico retroativo do direito de insurreição dos povos africanos contra o domínio colonial português.[77] Por duas razões ainda: porque não é função de uma Constituição proceder a legitimações *a posteriori*; porque é princípio básico de Direito internacional o da continuidade do Estado.

Mas até 2002 – se não se visse aí uma contradição com o princípio de *jus cogens* de não ingerência nos assuntos internos dos outros Estados[78] – era possível atribuir ao preceito um sentido útil. Era possível vê-lo em conexão com o dever do Estado português de promover e garantir o direito à autodeterminação e à independência de Timor Leste, declarado no art. 307, depois art. 293. Esse dever, fundado na condenação internacional da ocupação indonésia e na relação histórica e jurídica existente entre Timor e Portugal, ficava reforçado pelo reconhecimento do direito do seu povo à insurreição contra à ocupação indonésia. Depois do referendo de 1999 e da proclamação da independência em 2002 já nada justifica subsistir a proclamação no texto constitucional.

Em "disposições finais e transitórias", a Constituição ressalvou na qualidade de leis constitucionais, não na de leis ordinárias (arts. 291 e 309, e após as revisões constitucionais 290, nº 1, e 292) – três das leis constitucionais publicadas após a revolução de 25 de abril de 1974: as Leis nºs 8, 16 e 18/75, respetivamente de 25 de julho, 23 de dezembro e 26 de

[77]Como ainda escrevem J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *op. cit.*, I, p. 242.
[78]Cfr. André Gonçalves Pereira, *O Direito Internacional na Constituição de 1976*, *in Estudos sobre a Constituição*, obra coletiva (org. de Jorge Miranda), Lisboa, 1977, p. 38-39.

dezembro, todas referentes à incriminação e ao julgamento dos agentes e responsáveis da PIDE-DGS.[79]

Percebe-se facilmente por que razão essas leis não poderiam deixar de ser entendidas como leis constitucionais, embora à margem da Constituição formal primária. É que, por conterem desvios ao princípio da não retroatividade das leis incriminadoras consagrado no art. 29, nº 1, e no art. 11, nº 2, da Declaração Universal, elas não poderiam sobreviver se não fosse a própria Constituição a determiná-lo; teriam cessado a sua vigência logo à face dos arts. 292 e 293 iniciais.

Permaneceram, pois, dotadas de força constitucional apenas por virtude de expressos preceitos da Constituição. As suas normas não possuíam qualquer espécie de autonomia diante das demais normas constitucionais; deviam ser interpretadas sistematicamente e integradas em correspondência com elas; e – até onde fosse possível – deviam ter a leitura que menos colidisse com os princípios da Constituição material.[80] Estavam bem longe dos moldes desenhados pelo art. 16, nº 2.

Hoje (e desde há muitos anos) deve entender-se que caducaram, por esgotamento do seu âmbito de aplicação ou por prescrição de procedimento criminal (art. 118 do Código Penal).[81]

---

[79] Polícia Internacional e de Defesa do Estado; Direção-Geral de Segurança.

[80] Sobre este ponto e sobre os problemas suscitados pelos nºs 2 e 3 do art. 309 inicial da Constituição, v. parecer nº 9/79 da Comissão Constitucional, de 27 de março, in *Pareceres*, VIII, p. 102 e segs. e Miguel Galvão Teles, *Ex Post Justice, Legal Retrospective and Claim to Bindingness*, in *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito*, obra coletiva, Coimbra, 2009, p. 430 e segs.

[81] Já em 1989, em ofício publicado no *Diário da Assembleia da República* (V legislatura, 2ª sessão legislativa, 2ª série, nº 104-RC, p. 2.948), o Procurador-Geral da República – apesar de considerar "subsistir utilidade jurídica no art. 298 da Constituição", por estarem ainda pendentes cerca de 140 processos – dizia poder justificar-se um reexame de natureza política da situação, por o tempo decorrido desde 25 de abril de 1974 e o número e estado de pendência dos processos apontarem para "o esgotamento da capacidade de reação dos órgãos formais de controle".

A Sustentabilidade do Estado Social: Direitos Fundamentais Sociais, Democracia e Cooperativismo[82]

José Melo Alexandrino

Doutor e mestre em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Resumo: O professor José Melo Alexandrino, neste trabalho, propõe uma reflexão acerca do Estado social, pensando em sua decadência e ressurgimento. Procurando um meio termo entre essas duas perspectivas, o autor aponta primeiramente para a sobrevivência do Estado social após o período das guerras mundiais, e a situação do Estado social atual, que embora tenha superado diversas tribulações no passado ainda precisa lidar com seus desafios e estar sempre atento para se reconfigurar.

> "[os tempos mais próximos] mostram uma *sociedade globalizada* e sujeita a uma *ideologia de mercado*, uma *sociedade de risco*, socialmente criado, e um *Estado enfraquecido*, sujeito a forças transnacionais e desprovido de recursos e de fundamento ideológico para manter o grau de realização de todas as regras sociais que se tinha proposto" (ANDRADE, José Carlos Vieira. Algumas reflexões sobre os direitos fundamentais, três décadas depois. *Anuário Português de Direito Constitucional*, v. 5, p. 131, 2006).

INTRODUÇÃO

Há poucos dias, uma conhecida historiadora da Universidade de Lisboa, em mais um dos seus olhares críticos sobre a esquerda portuguesa, que se encontraria em estado de denegação, escrevia no jornal *Público* esta frase: "[o] futuro do Estado social reside na sua

---

[82] Intervenção proferida no II Seminário Luso-Brasileiro de Direito "Jurisdição constitucional e Direitos Fundamentais: interface Brasil-Portugal", integrada no painel "A sustentabilidade do Estado Social: direitos fundamentais sociais, democracia e cooperativismo", organizado pelo Instituto Brasiliense de Direito Público, que teve lugar na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em 23 de abril de 2014.

morte e transfiguração".[83]

Sem por em causa a bela ressonância pascal da tese sustentada pela Professora Maria de Fátima Bonifácio, devo referir que já há quase 30 anos um professor da nossa faculdade se referira à morte e ressurreição do Estado social: para Vasco Pereira da Silva, falar em Estado social em meados dos anos oitenta era um anacronismo, visto o paradigma em que se estava na altura ser já na realidade de Estado pós-social.[84]

O meu ponto de partida está algures entre essas duas perspectivas, podendo formular-se da seguinte maneira: por um lado, o Estado social criado no segundo pós-guerra já atravessou, pelo menos uma vez, o *pathos* da morte e da transfiguração; por sua vez, a realidade que em geral hoje subsiste não só já não é a do Estado obeso, confiante e hipertrofiado que foi definitivamente afastado com a queda do muro de Berlim, como esse "Estado social sucessivamente reconfigurado desde então" não está livre de se defrontar com novas metamorfoses.[85]

A pensar essencialmente na situação portuguesa (e, assim, necessariamente europeia), pensei em *i*) começar por uma visita aos principais conceitos, para dar conta de algumas relações significativas entre eles; e *ii*) prosseguindo com uma nota sobre o ínvio percurso do reconhecimento político-constitucional da ideia de sustentabilidade do Estado social nestes 40 anos da II República portuguesa.

Não me deterei nem em diagnósticos, nem em prognósticos ou remédios, ainda que de fato alguns já tenham sido prescritos e outros estejam – bem ou mal – a ser administrados ao paciente (português e europeu).

1 UMA VISITA AOS CONCEITOS

Começo então com uma proposta de clarificação, necessariamente breve, dos principais conceitos que atravessam este nosso painel: os conceitos de sustentabilidade, de Estado social, de direitos fundamentais sociais, de democracia e de cooperativismo (ainda que eu preferisse falar em subsidiariedade[86]).

a) A primeira impressão que me causa a referência à *sustentabilidade* é o fato de não se falar habitualmente em sustentabilidade do Estado, da democracia ou da Constituição,

[83] M. Fátima Bonifácio. Morte e transfiguração. in *Público*, de 18 de abril de 2014, p. 49.
[84] Uma tese sucessivamente reiterada pelo autor desde a sua obra *A natureza jurídica do recurso direto de anulação*, Coimbra, 1985.
[85] Para uma nota, João Caupers, A agonia do Estado social, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, ano VII, número especial (2010), p. 45-49.
[86] Com interesse e com outras indicações, Miguel Nogueira de Brito, *Lições de Introdução à Teoria da Constituição*, Lisboa, 2013, p. 48.

quando, apesar de pressuporem exigências de maior ou menor complexidade, tem, a meu ver, tanto sentido falar na sustentabilidade do Estado em geral como na do Estado social.

Em termos simples, sustentabilidade exprime a qualidade ou a condição de algo que está seguro e que preserva o seu equilíbrio ao longo do tempo,[87] designadamente contra a queda, a corrupção (Aristóteles) ou a ruína. Estamos pois a falar de um fenômeno que tem a ver com a resistência estrutural, funcional e temporal de uma realidade, ideia ou sistema. Implicará também exigências de racionalidade e de racionalização (daí o *Leitmotiv* da reforma do Estado).

Referida ao Estado social, a sustentabilidade é obviamente um conceito transsistêmico que, nas atuais condições da humanidade, depende de não só *i*) de uma regulação, organização e direção ajustadas ao conjunto de circunstâncias, mas também das premissas básicas; *ii*) da existência de excedentes; e *iii*) de um Estado fiscal,[88] estando, num caso, condicionada pela produção de riqueza e sendo, no outro, ditada pelos limites da tributação que é razoável impor aos cidadãos e aos demais agentes econômicos.

Deixaremos aqui de lado outros riscos e dificuldades.

b) Já o conceito de *Estado social*,[89] embora não seja exclusivo da Ciência do Direito, é um conceito de predominante recorte jurídico e que, nesse âmbito, além da sua consagração expressa ou implícita (como sucede nas constituições portuguesa e brasileira), postula as condições prévias do Estado de Direito e da democracia: *i*) por um lado, como diz justamente o Professor Jorge Miranda, o Estado social "não é senão uma segunda fase do Estado constitucional, representativo ou de Direito";[90] *ii*) por outro lado, como diz Jorge Reis Novais, "à própria natureza do Estado social é inerente a existência de regras democráticas".[91]

Desta verificação resulta um primeiro corolário que me parece importante: o de que nem os Estados totalitários (como o soviético ou o nacional-socialista) nem os Estados autoritários (de direita, de esquerda ou atípicos) são passíveis de serem qualificados como Estados sociais, por incompatibilidade com os valores e com as instituições em que repousa esta forma política.

---

[87] Veja-se o conceito presente no artigo 3º, alínea *a*, da recente Lei nº 19/2014, de 14 de abril (*bases da política de ambiente*).

[88] Por todos, José Casalta Nabais, *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*, Coimbra, 1998, p. 191 ss.; Id., Reflexões sobre quem paga a conta do Estado Social, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, ano VII, número especial (2010), p. 54 ss.

[89] Para uma síntese, Miguel Nogueira de Brito, *Lições de Introdução*..., p. 46 ss.

[90] Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional – O Estado e os sistemas constitucionais*, tomo I, 1, 10. ed., Coimbra, 2014, p. 108.

[91] Jorge Reis Novais, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra, 2004, p. 36.

Mas há ainda outras notas que me parecem relevantes.

A primeira é a de que uma vez que a Constituição é uma ordem quadro, ela admite vários modelos ou configurações alternativas do modelo de Estado social (designadamente a respeito da menor ou maior supletividade do Estado e do volume global das receitas a afetar a esse fim).

A segunda é a de que o Estado social não pressupõe necessariamente o reconhecimento de direitos fundamentais sociais: além dessa, são também formas de concretização jurídica do Estado social[92] o reconhecimento do princípio do Estado social (como sucede, entre outras, nas constituições alemã ou finlandesa) e, mesmo sem a constitucionalização deste princípio, o reconhecimento de um espaço de opção do legislador na definição e execução de políticas públicas de bem-estar social (como sucede no Reino Unido ou na Suécia).

Uma terceira nota, a que já fiz alusão, é a de que nos encontramos na segunda vida do Estado social: com efeito, na *fase 1* do Estado social, ou seja na sua "época dourada"[93] (em que o Estado social "foi construído ideologicamente como um Estado Providência"[94]), encontravam-se reunidas as seguintes condições:[95]

(i) o sonho de um equilíbrio ótimo entre o capitalismo e a proteção social;

(ii) um crescimento econômico robusto (da ordem dos 5% a 6%);

(iii) uma situação de pleno emprego (com um desemprego não superior a 3%);

(iv) uma inflação controlada (inferior a 4%).

Ora, no novo paradigma em que se encontra (chamar-lhe *fase 2* do Estado social, Estado social de garantia ou Estado pós-social é indiferente), com exceção do controle da inflação, nenhuma das demais condições está reunida: o sonho do equilíbrio foi desfeito e hoje o capitalismo é o inimigo com quem o Estado social tem de viver; o crescimento econômico (em Portugal e na Europa) é nulo ou anêmico; o desemprego é, em geral, superior a dois dígitos!

Somando a isso os (novos) fatores do envelhecimento da população, da crise demográfica, da desregulação do capitalismo (espelhada no Consenso de Washington, de que os Memorandos de Entendimento são atos de execução) e de um contexto de globalização declarada (com os seus corolários na erosão da soberania e da cidadania, na

---

[92] Paulo Otero, *Instituições Políticas e Constitucionais*, vol. I, Coimbra, 2007, p. 344.
[93] Filipe Carreira da Silva, *O Futuro do Estado Social*, Lisboa, 2013, pp. 22, 34.
[94] José Carlos Vieira de Andrade, Algumas reflexões sobre os direitos fundamentais, três décadas depois, in *Anuário Português de Direito Constitucional*, vol. V (2006), p. 131.
[95] Filipe Carreira da Silva, *O Futuro do Estado Social*, p. 23 ss.

perda de controle das decisões econômicas, na situação da "Constituição parcial" e no desfavor em que se encontram os sistemas de Estado social na competição global), é fácil de ver como está distante do nosso horizonte a quimera do Estado providência absorvente dos anos cinquenta e sessenta.

c) Os *direitos fundamentais sociais*, nas constituições de Portugal e do Brasil, são situações jurídicas complexas positivadas na Constituição que protegem a pessoa humana contra situações de perigo típicas para a sua existência, autonomia e poder, tendo como referências a dignidade da pessoa humana e a solidariedade; os *direitos fundamentais sociais* são igualmente direitos fundamentais universais, ainda que o Estado não tenha o mesmo dever de prestar para com todos.[96]

Mas se, nesse recorte essencial, me identifico com a caracterização avançada pelo Professor Jorge Reis Novais, como tenho insistido, há, todavia, entre nós um ponto de *profunda e radical divergência*, na medida em que o mesmo admite que ainda são direitos fundamentais as posições jurídicas definidas pelo legislador na concretização das normas de direitos fundamentais sociais: em meu entender, mas também no da generalidade da doutrina portuguesa, esses direitos configurados por lei não são nem podem ser elevados ao patamar de direitos fundamentais.[97]

Deixem-me dizer que tenho normalmente acrescentado algumas notas suplementares na clarificação do conceito de direitos fundamentais sociais, que são estas:[98] a realização do conteúdo principal dos direitos fundamentais sociais constitui uma variável não só do processo econômico, mas também do *processo político*; a realização dos direitos fundamentais sociais mostra uma *marcada dependência da realidade*, não só econômica, mas também ao nível de uma devida articulação com os demais sistemas sociais básicos; o conteúdo dos direitos fundamentais sociais envolve *mutabilidade*; por fim, nos direitos fundamentais sociais é significativo o *grau de indeterminação da sua eventual violação*, donde a maior dificuldade de aplicação de parâmetros jurídicos de controle.

d) Para definirmos *democracia*, a dois dias da celebração dos 40 anos dessa data,

---

[96] Sobre a caracterização dos direitos fundamentais sociais, Jorge Reis Novais, *Direitos Sociais – Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*, Coimbra, 2010, p. 36 ss., 251 ss.; José Melo Alexandrino, *Direitos Fundamentais – Introdução Geral*, 2. ed., Cascais, 2011, p. 43 ss.; para uma primeira aferição das zonas de confluência e de divergência entre essas duas perspectivas, José Melo Alexandrino, A indivisibilidade dos direitos do homem à luz da dogmática constitucional, in Fernando Alves Correia, Jónatas E. M. Machado, João Carlos Loureiro (orgs.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, vol. III – *Direitos e Interconstitucionalidade: entre Dignidade e Cosmopolitismo, Coimbra*, 2012, p. 34 ss.; *Id., Notas sobre uma concepção dos direitos fundamentais sociais*, Lisboa, 2012 (texto acessível online).

[97] Por sua vez, uma fraqueza intrínseca da doutrina defendida por Jorge Reis Novais (como, já em 2008 notara José Manuel Cardoso da Costa) reside na dificuldade de reconhecer a possibilidade de restrições aos direitos fundamentais sociais quando o respectivo conteúdo principal não tenha ainda sido determinado pelo legislador.

[98] José Melo Alexandrino, *Direitos Fundamentais*…, p. 46.

penso que poderemos evocar um verso da canção-símbolo da Revolução de 25 de Abril de 1974, "O Povo é quem mais ordena":

(i) ordena porque o poder político lhe pertence e nenhuma doutrina ou concepção do bem lhe pode ser imposta;

(ii) ordena porque lhe cabe escolher e afastar os governantes (representação em sentido formal);

(iii) ordena porque o Povo pode sempre avaliar e fiscalizar o modo como é exercido o mandato confiado aos governantes, que se devem manter fiéis aos interesses e preocupações dos representados (representação em sentido material);

(iv) ordena, porque pode participar, interferir e influir de muitos outros modos no exercício do poder político.

Mas, neste nosso plano,[99] democracia significa também que na repartição das funções do Estado, as opções políticas a fazer e as decisões sobre a afetação dos recursos escassos em matéria de bem-estar cabem em última instância aos órgãos do poder político diretamente legitimados pelo povo, valendo como regra a exclusão ou a redução do controle judicial das correspondentes opções e políticas públicas,[100] ainda que a *justificação* das decisões do legislador não possa furtar-se ao crivo da jurisdição constitucional.

Mas há dois elementos que, nestas nossas inquietações, definem particularmente a democracia: por um lado, a democracia é o regime da *indeterminação* (OST); por outro lado, a democracia significa também *reversibilidade* das decisões (ZAGREBELSKY).

No primeiro caso, a determinação do conteúdo das decisões está em geral aberta à conformação política do legislador;[101] no segundo, o que hoje foi decidido de uma maneira por uma determinada maioria pode amanhã ser objeto de uma decisão diferente. Ora, tanto o primeiro como o segundo destes elementos são incompatíveis com ideias como a da proibição do retrocesso ou mesmo dos direitos adquiridos, que, aliás, mesmo no Direito privado,[102] nunca quiseram dizer o que parece.[103]

---

[99] Num plano mais geral, José Melo Alexandrino, Democracia representativa e democracia participativa na União Europeia, in *Elementos de Direito Público Lusófono*, Coimbra, 2011, p. 226 ss.

[100] José de Melo Alexandrino, Controle jurisdicional das políticas públicas: regra ou exceção? in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, ano VII, número especial (2010), p. 147-169.

[101] Paulo Otero, *Direito Constitucional Português*, vol. I – *Identidade constitucional*, Coimbra, 2010, p. 184 ss.

[102] Quanto ao seu significado no ordenamento constitucional brasileiro, Gilmar Ferreira Mendes, in Gilmar Ferreira Mendes/Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de Direito Constitucional*, 7. ed., 2. tiragem, São Paulo, 2012, p. 407 ss., 434 ss.

[103] António Manuel Hespanha, A revolução neoliberal e a subversão do "modelo jurídico": Crise, Direito e Argumentação Jurídica, in Jorge Bacelar Gouveia/Nuno Piçarra (coords.), *A Crise e o Direito*, Coimbra, 2013, p. 72 ss.

e) Finalmente, o conceito de *cooperativismo*[104].

Podendo à partida ser tomado sob múltiplos prismas,[105] segundo o Professor Pedro Gonçalves, no paradigma do Estado social de garantia, podemos chamar cooperativismo ou "esquema cooperativo" à partilha de responsabilidades entre o Estado e a sociedade; cooperativismo tem por isso a ver com a ideia de colaboração recíproca, impulsionadora de uma mudança no entendimento da estatalidade e no perfil do Estado social[106] (a passar, onde for o caso,[107] de um Estado substituto do mercado para um Estado parceiro do mercado).[108]

A esse respeito, podíamos ainda referir que, além de receber a herança do Estado de Direito liberal (limitação do poder, garantia da liberdade, racionalidade) e de um relativo incremento dos fins do Estado (com entrada do *bem-estar*, no início do século XX, e a emergência da *sustentabilidade*, neste início do século XXI), nas três vidas por que já passou na Europa o Estado de Direito, a articulação entre o Estado e a sociedade se concebeu de forma distinta:

(i) no Estado liberal, a sociedade está separada do Estado – a palavra-chave é aqui *separação*;

(ii) no Estado providência, a sociedade é um objeto da intervenção do Estado – trata-se agora de interpenetração, osmose, *confusão*;

(iii) no Estado social de garantia, a sociedade é uma aliada do Estado – a palavra-chave é agora *cooperação* (ou *coordenação*).[109]

2 O PERCURSO DA IDEIA DE SUSTENTABILIDADE DO ESTADO SOCIAL NA II

[104] Em todo o caso, o conceito que, a meu ver, se apresenta como parâmetro-chave na redefinição das relações entre o Estado e a sociedade é o conceito de *subsidiariedade* – um daqueles conceitos de migrou da filosofia política (basta lembrar a ideia de contrato federativo em Proudhon) para a doutrina social da Igreja (particularmente a partir da Encíclica *Quadragesimo Anno,* do Papa Pio XI) e só muitas décadas depois alcançou o terreno do Direito. Tratando-se de uma realidade mais ampla e que além disso já goza de um reconhecimento jurídico inequívoco, qualquer das suas duas vertentes releva para o *topos* da sustentabilidade do Estado social: *i*) a limitação da esfera do poder do Estado àquilo que não possa ser adequadamente deixado aos indivíduos, à sociedade ou a entes públicos menores; e *ii*) a limitação da intervenção pública aos casos em que a mesma seja mais racional e eficiente.

[105] Na base, não deixa de estar presente a ideia de "Estado cooperativo" [cfr. E. H. Ritter, Der kooperativer Staat. Bemerkungen zum Verhältnis von Staat und Wirtschaft, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 104 (1979), p. 389-413], mas já não tanto ou imediatamente o conceito, formulado na mesma época por Peter Häberle, de "Estado constitucional cooperativo" – objeto de divulgação recente no Brasil, com a tradução em 2007 do seu ensaio de 1978 *Der kooperative Verfassungsstaat*.

[106] Em sistemas que não conheceram o Estado-providência em sentido estrito, podemos dizer que se trata mais de um aprofundamento do que de uma mudança.

[107] Sobre os diversos perfis tipológicos do Estado social, Filipe Carreira da Silva, *O Futuro do Estado Social*, p. 28 ss.

[108] Pedro Gonçalves, *Entidades Privadas com Poderes Públicos – O exercício de poderes públicos de autoridade por autoridades privadas com funções administrativas,* Coimbra, 2005, pp. 139 ss., Id.; Estado de Garantia e Mercado, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, ano VII, número especial (2010), p. 97 ss.; Id., Ensaio sobre a boa governação da Administração Pública a partir do mote da "new public governance", in AAVV, *O Governo da Administração Pública*, Coimbra, 2013, p. 31 ss.

[109] Karl-Heinz Ladeur, *Der Staat gegen die Gesellschaft*, Tübingen, 2006, p. 388 ss.

REPÚBLICA

Uma forma de refletir na relação entre direitos fundamentais sociais, democracia e cooperativismo é a de observar o singular percurso da ideia de sustentabilidade do Estado social ao longo destes quase quarenta anos de II República.

Nas obras de Direito Constitucional, é tradicional encontrar a explicação de que a Constituição de 1976 não adotou o conceito de Estado social, em virtude de ter sido a Constituição de 1933 a primeira a consagrá-lo.[110] Apercebo-me, no entanto, de que a ideia merece reparo: por um lado, o Estado Novo, sendo um regime autoritário,[111] não pode ser tido como Estado social (por expressa recusa da herança do Estado de Direito liberal); por outro lado, a Constituição de 1976 na sua versão inicial tampouco consagrava um Estado social, não só por, também ela, não assumir claramente o legado do Estado de Direito liberal, como, sobretudo, por ter abstraído do Estado social em favor do socialismo (ou da transição para o socialismo).[112]

E é por aqui que começamos.

Em 1974/1976, nem se pos o problema da sustentabilidade do Estado social nem se pretendia, de fato, nenhuma forma de cooperativismo. Com efeito, dispunha o famoso art. 50 da Constituição (o primeiro dos preceitos do título III da Parte I, dedicado aos direitos e deveres econômicos, sociais e culturais): "A apropriação coletiva dos principais meios de produção, a planificação do desenvolvimento econômico e a democratização das instituições são garantias e condições para a efetivação dos direitos e deveres econômicos sociais e culturais".[113]

A eliminação deste artigo na revisão constitucional de 1982 pode ser vista por isso como o primeiro contacto político-constitucional com a ideia de sustentabilidade do Estado social, uma vez que este deixava de estar dependente do Estado empresário (socialista), para ficar às expensas do Estado tributador.

Ainda antes da alteração promovida, pela revisão constitucional de 1989, no art. 64, nº 2, da Constituição (que passou a prever que o Serviço Nacional de Saúde é *tendencialmente gratuito*), já o Tribunal Constitucional abrira a conveniente estrada

---

[110] José de Melo Alexandrino, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição portuguesa*, vol. II – *A construção dogmática*, Coimbra, 2006, pp. 284 ss.; Paulo Otero, *Direito Constitucional Português*, vol. I, p. 52.

[111] Para um prisma recente sobre a especificidade do autoritarismo salazarista, quanto ao seu substrato doutrinário, Luís Pereira Coutinho, *Teoria dos Regimes Políticos*, Lisboa, 2013, p. 113 ss.

[112] Jorge Miranda, *A Constituição de 1976 – Formação, estrutura, princípios fundamentais*, Lisboa, 1978, p. 505 ss

[113] Sobre o assunto, com outras indicações, José de Melo Alexandrino, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição portuguesa*, vol. I – *Raízes e contexto*, Coimbra, 2006, p. 593 ss., 667.

flexibilizadora, ao legitimar a política das taxas moderadoras na saúde criadas logo em 1979 (por um governo socialista).

O terceiro momento no percurso da ideia de sustentabilidade do Estado social ocorre com o paradoxal Acórdão nº 509/2002, em que a propósito do regime de atribuição do rendimento mínimo garantido o Tribunal vem a reconhecer a existência de um direito a um mínimo de existência condigna. A explicação reside na consequência prática da decisão: ela significou, pelo menos durante uma década (até aos Acórdãos nºs 353/2012, 187/2013 e 862/2013), a efetiva despromoção das normas de direitos fundamentais sociais consagrados na Constituição e a confirmação de que o Tribunal não pretendia ir muito além na garantia da efetividade dessas garantias expressas.[114]

O quarto momento ocorre por efeito acumulado do Tratado da União Europeia (1992), da vinculação ao "Pacto de Estabilidade e Convergência" (1997),[115] da adesão ao Euro e da posterior vinculação ao Tratado Orçamental (2012),[116] processo e instrumentos que impuseram limitações estritas ao déficit e à dívida e obrigaram a que a chamada "regra de ouro"[117] ficasse também estabelecida pelo menos numa lei de valor reforçado (a lei de enquadramento orçamental).

E naturalmente o momento mais dramático de todos na tomada de consciência do problema da sustentabilidade do Estado social foi aquele em que o país se viu forçado a subscrever, inconstitucionalmente diga-se,[118] um plano de assistência financeira, que significou um gravíssimo retrocesso no já limitado Estado de bem-estar português[119] e uma imposição de severos sacrifícios sobre os trabalhadores, sobre os pensionistas, mas também sobre os desempregados e outros grupos desfavorecidos da população[120].

NOTAS FINAIS

---

[114] Com outras indicações, José Melo Alexandrino, A indivisibilidade dos direitos humanos…, p. 23; Id., Perspectivas dos direitos fundamentais em Portugal e no Brasil do século XXI, in *Elementos de Direito Público Lusófono*, cit., p. 213, 215, 219.

[115] Sobre o respectivo âmbito em 1997, 2002 e 2005, Miguel Cadilhe, *O Sobrepeso do Estado em Portugal – Uma proposta de reforma conceitual e administrativa*, Porto, 2005, p. 99 ss.

[116] Instrumento que Portugal se apressou diligentemente a ratificar, com o consenso dos dois principais partidos políticos.

[117] Sobre o tópico, Marco Caldeira, Sobre a consagração da chamada "regra de ouro" no ordenamento jurídico português, in *Direito & Política*, n. 3, abr./jun. 2013, p. 40 ss.; Paula Vaz Freire, A "regra de ouro": entre o compromisso e a (ir)responsabilidade, *ibidem*, p. 72 ss.; em diálogo de perspectivas, AAVV, Será a imposição de limites ao déficit orçamental e à dívida pública compatível com o Estado Social?, *ibidem*, pp. 94-125.

[118] Paulo Otero alude aí a um fenômeno de "falência da força normativa da Constituição" [cfr. A Crise: Um novo Direito Administrativo?, in Jorge Bacelar Gouveia/Nuno Piçarra (coords.), *A Crise e o Direito*, cit., p. 207].

[119] A propósito, José Melo Alexandrino, Economia Social de Mercado e Confiança – o caso das pensões e reformas em Portugal, in *Direito & Política*, n. 6, fev./abr. 2014, p. 60-68.

[120] Denunciando o inaceitável "regime dualista" – e assim a inversão do próprio sentido do Estado social (que implica tirar aos mais ricos para dar aos mais pobres) – imposto pela crise, em Portugal, aos direitos adquiridos dos mais fracos e dos mais poderosos, António Manuel Hespanha, A revolução neoliberal…, p. 78 ss.

Permitam-me duas notas finais.

Como já disse noutra altura, face às condições e ao grau de desenvolvimento do país, o legislador constituinte sabia de antemão que, em grande medida, não passariam do papel muitas das intenções da socialidade (o que, em contrapartida, havia de levar a deslocamentos e a retrações tanto na doutrina como na jurisprudência):[121] reconheceu-o expressamente o presidente da III Comissão da Assembleia Constituinte, o deputado socialista Marcelo Curto, ao antecipar a reprovação das gerações futuras à "excessiva regulamentação no texto constitucional de matérias que deviam ser deixadas ao legislador ordinário".[122]

Eis as gerações futuras!

A segunda nota é uma prevenção que dirijo especialmente aos juízes: quando a doutrina se refere aos princípios constitucionais estruturantes como parâmetros para avaliar as afetações aos direitos fundamentais, sejam eles de liberdade ou sociais, há que ter presente duas coisas: *i*) que, à semelhança dos valores, os princípios estruturantes se descrevem essencialmente pela função, e não pelo conteúdo; *ii*) justamente por isso, na atividade de controle, diante de um desses princípios estruturantes, o órgão jurisdicional tem de ter presente quais deles podem ser verdadeiramente tomados, e com que limites, como *parâmetros autônomos de controle* e quais deles apenas o podem ser *em situações excepcionais*: a proibição do arbítrio, a proibição do excesso (pese a diversidade de origens, a complexidade da função e o diferente perfil com que se apresenta), a proibição do déficit e a proibição de recriar omissões inconstitucionais podem ser tidos como *parâmetros* do primeiro tipo; já a dignidade da pessoa humana, a igualdade ou a proteção da confiança não são nem podem ser usados como parâmetros autônomos nem irrestritos de controle.

Eis a zona que merece mais críticas a recente "jurisprudência da crise" do Tribunal Constitucional português.[123]

---

[121] José de Melo Alexandrino, *A estruturação do sistema*…, vol. II, p. 107.
[122] *Diário da Assembleia Constituinte*, n. 43, p. 1.212.
[123] Em idêntico sentido, ainda que levando mais longe essa crítica, cfr. Gonçalo de Almeida Ribeiro, *Judicial Activism Against Austerity in Portugal*, Int'l J. Const. L. Blog, Dec. 3, 2013, acessível em <http://www.iconnectblog.com/2013/12/judicial-activism-against-austerity-in-portugal/>; Luís Pereira Coutinho, «A "convergência de pensões" como questão política», in *e-pública – Revista Eletrónica de Direito Público*, n. 1, jan. 2014 (recurso acessível *online*).

Paradoxos e Utopias do Estado do Bem-Estar Social: interface luso-brasileira[124]

Paulo Afonso Brum Vaz

Doutor em Direito Público pela Universidade do Vale dos Sinos (Unisinos); mestrado em Poder Judiciário pela FGV; Desembargador Federal do TRF4, Corregedor Regional da Justiça Federal da 4ª Região; atua com Direito Previdenciário.

Resumo: Nesta palestra, Paulo Afonso Brum Vaz apresenta as contradições presentes no sistema capitalista e na proposta neoliberal. O autor faz um panorama sobre a história da construção do Estado de Bem-Estar Social, seu colapso e como fazer para achar um meio termo entre as exigências do mercado e as necessidades sociais dos cidadãos. Vaz aponta o perigo da sustentação dos valores liberais e propõe (e defende a possibilidade) um capitalismo mais humano.

INTRODUÇÃO

O Estado do Bem-Estar Social é assunto paradoxal e transversalmente permeado por utopias, por ideologias e por ilusões. Aliás, delas sempre dependeu, baldadas as tentativas de um existencialismo unidimensional sem sonhos que a modernidade se esforçou por criar: um homem camusiano ou kafkiano, individualista e possessivo, isolado da realidade, despojado de perspectivas de futuro e sem esperanças nas transformações sociais.

Talvez não existam mesmo instrumentos adequados para apreender a realidade social em movimento da contemporaneidade (líquida ou incontida, no dizer de Bauman), por isso o recurso a utopias e paradoxos, o que se explica, em certa medida, exatamente pelo caráter transitório, de frenético movimento e inconsistente da realidade, que constitui na sociedade pós-moderna um eterno *estado de experiência*.

Utopias e paradoxos refletem o paradigma pós-moderno, desconfortável até certo ponto, em que uma mesma ideia pode ser verdadeira em um determinado contexto e falsa em

[124] Texto da comunicação no II Seminário Luso-Brasileiro de Direito – Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais: interface Brasil/Portugal, Lisboa, 22 a 24 de abril de 2014.

outro, diante da incerteza e do pluralismo de sentidos. Mas, sobretudo, devem ser encarados como símbolo das oportunidades: de realizar sonhos, de fazer transformações, de revisar conceitos, de acreditar que as coisas são possíveis (ou impossíveis mesmo) e, talvez, de realizar críticas e autocríticas, que nos permitam escapar das ilusões e conhecer, compreender e demarcar as diferentes formas de racionalidade possíveis implicadas na nossa realidade de mundo.

Calha aqui uma explicação conceitual. A expressão *utopia*, aqui, é empregada justamente com o sentido que celebrizou a obra de Thomas More:[125] uma ilha imaginária que se erige como crítica social à propriedade e ao dinheiro, em que a justiça é uma forma de promover o bem diante do poder autoritário. É, na verdade, uma crítica que se adapta à realidade hoje existente, uma denúncia contra os males sociais, o egoísmo, a violência dos poderosos e a fragilidade dos laços sociais.[126]

O conceito de utopia é um conceito histórico. Refere-se aos projetos de transformação social que se consideram impossíveis. Por que razões impossíveis? Na atual discussão da utopia, a impossibilidade da realização do projeto de uma nova sociedade se afirma, primeiro, porque os fatores subjetivos e objetivos de uma determinada situação se opõem à transformação. Fala-se então de imaturidade da situação social, por exemplo, a propósito dos projetos comunistas durante a Revolução Francesa, ou, quiçá, hoje, do socialismo nos países capitalistas mais desenvolvidos. Ambos são exemplos de ausência real ou suposta de fatores subjetivos e objetivos possibilitadores de uma realização.[127]

Paradoxo é uma contradição, pelo menos aparente, com o senso comum e com a lógica, um raciocínio que encerra uma oposição. Emprego aqui o vocábulo paradoxo como proposição que parece se autocontradizer, mas que, na verdade, expressa uma das hipóteses possíveis. Não é, portanto, uma simples contradição entre duas proposições, mas uma implicação de dependência entre duas proposições que, reciprocamente, se negam a ponto de bloquearem futuras comunicações. Falar-se em paradoxo é fundamental para os adeptos da teoria dos sistemas, como N. Luhmann, que constrói a teoria social a partir do seu paradoxo

---

[125] Sir Thomas More (ou Morus) sabia muito bem que, tanto quanto um projeto para o estabelecimento de uma vida boa, seu plano de um mundo limpo da insegurança e dos medos sem fundamento era apenas um sonho: ele chamou a sua concepção de "utopia" referindo-se ao mesmo tempo a duas palavras gregas: *eutopia*, ou seja, "lugar bom", e *outopia*, que significa "lugar nenhum" (BAUMAN, Z. *Tempos líquidos*. Rio de Janeiro: Zahar, 2007. p. 100).

[126] Não deixa de levar em conta o sentido lato de ideologia, força essencial e intrínseca à condição humana, que mobiliza os indivíduos e as multidões, alimenta intolerância, intenta conservar ou modificar a sociedade, produz guerras e revoluções. Um estado de espírito utópico que está incongruente com o que ocorre na realidade. Na mentalidade utópica, o inconsciente coletivo, guiado pela representação tendencial e pelo desejo de ação, oculta determinados aspectos da realidade. Volta as suas costas a tudo que possa abalar sua crença ou paralisar seu desejo de mudar as coisas (MANNHEIM, Karl. *Ideologia e utopia*. Rio de Janeiro: Zahar, 1976. p. 66-67).

[127] Cf. MARCUSE, Herbert. *El final de la utopía*. Barcelona: Planeta-Agostini, 1986. p. 8-9.

constitutivo da diferença entre sistema e entorno, representando uma condição necessária para a concepção e a crítica do direito. A questão não é a eliminação do paradoxo, mas a sua ampliação e o seu desenvolvimento mediante a *desparadoxização*. Na matriz sistêmica, o paradoxo é usado construtivamente ou criativamente na observação e na descrição do sistema jurídico: o fato de que a aceitação de uma descrição tenha como consequência a aceitação de uma descrição oposta, na medida em que não existe um observador último capaz de conhecer uma verdade última.[128]

O mundo ocidental vive um momento de ebulição e indefinição quanto aos rumos do Estado Social, cujo futuro tem ocupado as pautas de políticos, juristas, economistas, sociólogos, filósofos e cientistas políticos. Sobretudo, representa assunto de relevante interesse social, que a todos, inexoravelmente, afetará, independentemente da condição econômica ou da situação geográfica.

A discussão sobre a existência, a manutenção, a extensão, os limites e as possibilidades do Estado Social, uma das mais palpitantes da atualidade, constitui um temário em que sonhos (quase delírios) e contradições vicejam, tanto permitindo a busca de solução dos problemas quanto se colocando como verdadeiras cortinas de fumaça a impedir medidas políticas de consenso, que conjuguem os interesses sociais e econômicos, aparentemente conflitivos. O futuro do Estado Social constitui a chave de uma convivência harmônica para as gerações presentes e futuras, e o Direito assume um papel importante nesse debate.

Vão aqui aproximações jurídicas, políticas, sociais e econômicas acerca do tema, as quais, certamente, não escapam aos mesmos vícios e críticas que todos apontam, mas têm a presunção de carrear ao debate um "quê" de inovação: a reflexão crítica a partir das utopias e dos paradoxos do Estado Social.

1 A PARADOXAL EMERGÊNCIA DO ESTADO SOCIAL: POR CONTINGÊNCIA DO CAPITALISMO

A emergência do Estado Social acabou sendo uma contingência para o capitalismo, uma solução de compromisso, para utilizar a expressão de Avelãs Nunes. O pressuposto liberal da mão invisível das leis do mercado e da separação entre Estado e economia falhou. A ascensão das classes trabalhadoras e a introdução de um ideário que pregava a revisão do papel do Estado e do Direito, trazendo ao jogo político "a mão visível do Direito", revelaram

[128] A propósito, consultar ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Paradoxos da auto-observação:* percursos da teoria jurídica contemporânea. 2. ed. Ijuí: Unijuí, 2013; CLAM, Jean. *Questões fundamentais de uma teoria da sociedade*: contingência, paradoxo, só-efetuação. São Leopoldo: Unisinos, 2006; MAGALHÃES, Juliana N. O uso criativo dos paradoxos do direito: aplicação dos princípios gerais de direito pela Corte de Justiça Europeia. *In*: ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Paradoxos da auto-observação*: percursos da teoria jurídica contemporânea. 2. ed. Ijuí: Unijuí, 2013. p. 285-328.

a necessidade de certo compromisso do Estado com a Justiça Social como condição de possibilidade do próprio capitalismo.[129]

O Estado de Bem-Estar é, na verdade, uma adaptação do Estado burguês capitalista, ou seja, dos regimes baseados no liberalismo democrático pluralista. A plena articulação do Estado de Bem-Estar só pôde funcionar com base em dois fundamentos do Estado liberal-democrático contemporâneo. Em primeiro lugar, as propostas do Estado de Bem-Estar tiveram como intenção garantir a acumulação capitalista – mediante a intervenção sobre a demanda – com o objetivo de manter a estabilidade social. Em segundo lugar, o Estado de Bem-Estar proporcionou uma nova e importante dimensão à democracia, a partir do reconhecimento de um conjunto de direitos sociais.[130]

Desde a Grande Depressão de 1929, ficou evidenciado o equívoco inserto no ideário liberal de Adam Smith, fundado na lógica de que a economia não deveria constituir uma permanente preocupação do Estado. A superação da crise passou pela essencialidade da intervenção estatal; em outras palavras, pelo reconhecimento consensual da necessidade de um Estado Social inspirado pelo compromisso entre os socialistas mais radicais e a pequena burguesia. O reconhecimento de direitos sociais e econômicos teve, pois, um sentido de prevenção dos riscos de rupturas revolucionárias. O Estado Social não inaugura uma nova ordem social centrada nos direitos sociais, é o capitalismo que cede em alguns pontos, mas em favor da ordem capitalista e da conservação do poder em mão das classes burguesas dominantes. O Estado Social, em sua gênese, foi, por assim dizer, a tábua de salvação do capitalismo.

Esse disfarce do capitalismo, concebendo um bem-estar social aos trabalhadores à custa da poupança pública, e não como redistribuição de rendimentos, revela-se ainda hoje no Estado de Bem-Estar Social contemporâneo, em que a quota parte do setor produtivo, embora seja a maior, ainda é desproporcional se considerada a participação do Estado, da sociedade em geral e dos próprios trabalhadores no custeio das benesses que lhes são proporcionadas. Sem contar que quem mais ganha com a recuperação do poder de compra dos trabalhadores são os proprietários dos meios de produção (é o próprio capitalismo), que se beneficia com o

[129] Consulte-se, por todos, AVELÃS NUNES, António José. *As voltas que o mundo dá..*: reflexões a propósito das aventuras e desventuras do estado social. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
[130] CRUZ, Paulo Márcio; OLIVIERO, Maurizio. Reflexões sobre a crise financeira internacional e o Estado de Bem-Estar. *Revista Direito Mackenzie*, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 198-213.

aumento do consumo dos trabalhadores e com a qualificação da massa de trabalhadores melhor remunerada.[131]

2 A UTOPIA DO MODELO EUROPEU DE SEGURIDADE: REALIDADES DIFERENTES EM DIVERSOS PLANOS

A América Latina sempre admirou os Estados de Bem-Estar europeus com uma indisfarçável vontade de ter o mesmo modelo em seus países. Tem sido o sonho de consumo dos latino-americanos em todas as discussões acerca do modelo ideal de Estado Social. Assim como outros países da América Latina, o Brasil (ainda chamado de país *periférico*) recém começa se candidatar ao nível da *modernidade tardia*, mas gostaria de ter um bem-estar no nível europeu.

Falar em bem-estar social, naturalmente, pressupõe levar em conta as peculiaridades de cada Estado, as suas tradições históricas e políticas de bem-estar, as suas possibilidades econômicas e, em boa medida, na contemporaneidade, o nível de participação do Estado no processo de globalização. Estados do capitalismo avançado têm possibilidades e estilos de vida totalmente diferentes daqueles em vias de desenvolvimento e, principalmente, em relação aos Estados pobres do chamado Terceiro Mundo.

É impossível parametrizar pragmaticamente uma análise do bem-estar a partir do padrão de seguridade da Europa Ocidental, berço do Estado-Providência e onde a seguridade social constitui um dos quatro pilares em que se assenta a concretização do modelo de sociedade, vale lembrar: o respeito pelos direitos humanos (direito à liberdade individual), a organização democrática do Estado (direito à participação política), a economia de mercado (direito à liberdade de empreendimento) e a proteção social (direito ao bem-estar social). O fundamento constitucional do Estado de Bem-Estar faz parte do núcleo duro do constitucionalismo europeu. A Europa que protege é um lema da União Europeia.

No último quartel do século passado e, notadamente, depois da Crise Financeira de 2008 (Crise do Euro), países da Europa como Alemanha, França, Itália, Suécia e Inglaterra promoveram importantes enxugamentos nos seus programas sociais,[132] em uma tentativa de *adaptação* às mudanças na conjuntura econômica mundial e aos tempos de recessão (orçamentos sociais imensos, receitas fiscais em queda, momento demográfico desfavorável, aumento do déficit público e endividamento privado). As diversas variantes nacionais do

---

[131] Ver, a propósito, AVELÃS NUNES, António José. *As voltas que o mundo dá...*: reflexões a propósito das aventuras e desventuras do estado social. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 68-69.

[132] E outros, como Portugal, Grécia e Espanha, reduziram drasticamente o nível dos serviços sociais prestados pelo Estado.

modelo de Estado de Bem-Estar europeu estão realmente em profunda crise. Nada obstante, o modelo europeu parece manter-se em um nível prestacional muito mais elevado do que o do Estado de Bem-Estar Social dos países da América Latina, notadamente o brasileiro.[133]

De fato, o dado relevante a ser considerado é o ainda existente abismo entre a seguridade social dos países mais ricos da Europa (sobretudo a dos países escandinavos que têm um gasto público médio com o social superior a 30% do PIB) e a seguridade social dos países em desenvolvimento como o Brasil (com apenas 14,4% do PIB gastos no social). Lá, existe espaço suficiente para limitações – até porque, em certos aspectos, algumas benesses concedidas pelo Estado Social constituem, comparativamente, verdadeiras extravagâncias; entre nós, o pouco que se conquistou e que a situação econômica da América Latina permite atender não admite qualquer retrocesso ou limitação.

Desde o Consenso de Washington de 1989, sob o influxo dos acordos com o FMI e dos grandes capitais de investimentos, a Europa vive o seguinte quadro: redução dos impostos (perda de soberania tributária); privatização de instituições públicas que antes pertenciam aos cidadãos; pressão das Diretivas de Bruxelas, que conduz à privatização da riqueza pública, do sistema de educação e da previdência social; aumento dos rendimentos (lucros) do capital; e diminuição das chances de vida das camadas inferiores, sob os elevados índices de desemprego. A Europa vive hoje sob o signo do medo: da globalização que exacerba desigualdades, produz desemprego, achata salários e solapa direitos sociais. Há uma profunda melancolia na sociedade europeia, que perde, aos poucos, o seu mundo vivido (*lebenswelt*). E a prometida integração, a ideia de unidade, se esboroa e fica cada vez mais distante frente ao egoísmo nacional, sobretudo depois da Conferência de Nice, em que ficou muito claro o apego à ideia de Estado-Nação. Há, entre os jovens, um sentimento de descrença, uma aceitação da desistência do Projeto Europa que alimentou o ideário das gerações do pós-guerra. As perguntas mais sentidas são: a Europa ainda é a esperança do mundo (Habermas defendeu que a Europa deveria exportar suas experiências e seus valores!)? O capitalismo *renano* (Michel Albert) soçobrou?[134]

---

[133] "Como problema marco, los Estados de Bienestar están cada vez más en crisis, especialmente en los países pobres o en vía de desarollo y las políticas de privatizacíon de los servicios básicos, particularmente salud y educación, se incentivan y a veces se obligan desde las organizaciones financieras internacionales como el Fondo Monetario Internacional" (RIBOTTA, Silvina. *Las desigualdades económicas en las teorías de la justicia:* pobreza, redistribución e injusticia social. Madrid: CEPC, 2010. p. 26).

[134] Michel Albert havia distinguido dois modelos opostos em matéria de política econômica: um modelo renano e um modelo liberal. O modelo renano estava composto por dois tipos diferentes, o germano-francês, de uma política social avançada, preocupada acima de tudo com a luta contra as desigualdades, e o modelo escandinavo, muito mais ativo socialmente devido a uma política fiscal pesada, com direitos sociais importantes e uma política econômica ativa (ALBERT, Michel. *Capitalism against Capitalism*. London: Whurr, 1993).

Os Estados europeus se debatem hoje entre a pressão de seus cidadãos para manter os benefícios do Estado de Bem-Estar e as exigências do Banco Central Europeu e do FMI para que controlem o déficit público, aumentem a carga tributária e abandonem a intervenção em diversos setores, principalmente o social. Os setores econômicos, por sua vez, clamam por redução de tributos para o capital, pelo nivelamento por baixo dos salários, dos direitos dos trabalhadores e das prestações sociais. Qualquer das alternativas gera desgaste eleitoral.

3 O PARADOXO DA ECONÔMICA POLÍTICA: O CAPITALISMO DEMOCRÁTICO PODE SER HUMANISTA?

A economia política, disse Baudrillard, se desvanece por si mesma ante nossos olhos, convertendo-se em uma transeconomia da especulação, e ridiculiza sua própria lógica (a lei do valor, a do mercado, a produção, a mais valia, a lógica mesma do capital), para um jogo de regras cambiantes e arbitrárias, um jogo desastroso.[135]

Thomas Piketty, o festejado autor de *Capital in the Twenty-first Century*, afirmou que o capitalismo tende a enriquecer os proprietários do capital e a empobrecer os trabalhadores, com o que os pensadores neoliberais não concordam. O problema, explica ele, está em que o pensamento neoliberal – *em um mercado livre todos acabam ganhando* – nasceu em um momento econômico que mostrou ser uma exceção histórica: o período entre 1913 e 1973. Nessa época de ouro do capitalismo, as economias da Europa ocidental e dos Estados Unidos de fato se expandiram e a desigualdade econômica realmente diminuiu, mas, em termos estatísticos, o período foi uma exceção, portanto, transitória. Piketty explica que, se nesse período a distância entre pobres e ricos diminuiu, não foi devido ao livre-mercado, mas aos efeitos combinados de duas guerras mundiais e da Grande Depressão. Atualmente, os índices demonstram que a distância entre pobres e ricos apenas aumenta. Mas, com base no otimismo enganoso nascido naquele período de exceção, os neoliberais continuam a insistir que o capitalismo sem rédeas acabará produzindo, sem qualquer necessidade de intervenção, a justiça social e econômica. Piketty sustenta que a distância crescente entre pobres e ricos tende a produzir tensões insuportáveis, na linha marxista; porém, onde Marx celebrava o fato de que a tensão acabaria produzindo a revolução, Piketty lamenta que a tensão poderá acabar inviabilizando o capitalismo, não escondendo que sua tese é uma defesa patética da salvação do capitalismo tal como hoje ele é.[136]

---

[135] BAUDRILLARD. *El paroxista indiferente*. Barcelona: Anagrama, 1998. p. 9.
[136] PIKETTY, Thomas. *Capital in the Twenty-First Century.* Cambridge, MA: Belknap, 2014.

Embora a economia de mercado seja hoje um sistema criticável, ela ainda é o melhor sistema que conhecemos. Ainda não inventaram outro mais eficaz, em que pesem suas crises preocupantes e cada vez mais frequentes. O fim do comunismo, ainda inconcluso quanto ao seu projeto existencial, deixa essa lição. O Estado Social somente existe e se concretiza pragmaticamente porque existe a economia de mercado, base do capitalismo. A eficiência e a ambição por lucro estão na racionalidade da modernidade, somos *homo economicus*. Embora seja ético tentar resistir ao apelo consumista/materialista, infelizmente, a humanidade, na sua inventividade sem limites, ainda não idealizou outro meio mais racional e menos traumático de atendimento de suas necessidades, o que, na perspectiva do Estado Social, está na dependência da implementação das receitas públicas. Uma economia forte é o pressuposto material do Estado Social efetivo. O Estado de completude social sem economia forte e eficiente é *utópico*; embora possa ser pensado, jamais será concretizado. O problema está na lógica capitalista de acumulação de riqueza e no manejo dos seus institutos. Não se trata, pois, de reconhecer o capitalismo como um sistema ruim, mas, sim, de observar que a sua desvinculação dos problemas sociais,[137] seu apoderamento político[138] e a ausência da mediação do direito constituem falhas na concretização dos ideais de desenvolvimento social sustentável. Ao menos, é curial perceber que temos diferentes modelos de capitalismo.[139] Acredito que o capitalismo pode humanizar-se, como mostrarei adiante.

Imaginar o capitalismo apenas enquanto um objetivo, um ideal econômico ou a própria economia como um fim em si mesma é ilusório. Ficamos agora com um dentre os vários motivos relevantes a justificar um Estado Social forte: sem renda as pessoas não consomem, há recessão econômica – o consumo ativa a economia, em uma espécie de circularidade que os economistas sabem explicar melhor. Esse fenômeno simplista é que recomenda a integração do desenvolvimento econômico com o social, embora isso também possa parecer paradoxal, na concepção weberiana. Em outras palavras, o crescimento

[137] "A continuidade do sistema capitalista ou de mercado estará ameaçada se o empenho de eficiência não for contrabalançado pela proteção social dos economicamente fracos e o treinamento/educação dos trabalhadores deixados para trás pela rapidez das mudanças econômicas e tecnológicas" (GILPIN, Robert. *O desafio do capitalismo global*: a economia mundial do século XXI. Tradução Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2004).

[138] Veja-se o caso do Estado português, que sempre esteve muito mais a serviço de uma burguesia industrial do que de um ideal de socialidade. A propósito, consultar, além da obra citada de Avelãs Nunes, o documentário "Donos de Portugal", de Jorge Costa, sobre cem anos de poder econômico, retratando a proteção do Estado às famílias que dominaram a economia do país (Disponível em: donosdeportugal.net).

[139] Ver, a propósito, BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Cinco Modelos de Capitalismo. *Escola de Economia de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas*, Textos para discussão, n. 280, maio 2011; ESPING-ANDERSEN, G. *The three worlds of welfare capitalism.* New Jersey: Princeton University, 1990, dividindo o capitalismo em liberal, corporativo e socialdemocrático.

econômico como pressuposto do crescimento social, consoante quis a Constituição ao eleger como princípio da ordem econômica a sustentabilidade social.

O problema do consequencialismo econômico está mais fora do que dentro da sua teoria, senão que decorre da leitura que dela fazem alguns economistas e juristas. A sua construção é pouco reparável, embora sabidamente Posner (o novo "deus" da Economia) tenha exagerado na dose. É que a ideologia ultraliberal deturpa a sua racionalidade. Há equívocos que podem ser constatados a olho nu.

O primeiro equívoco a ser analisado está em pensar que a AED é o culto a uma racionalidade utilitarista que se desinteressa pela efetividade dos direitos fundamentais em proveito de um suposto bem-estar da coletividade (Bentham), quando, na verdade, esse raciocínio é antiutilitarista, porque a coletividade beneficia-se mais quando todos os indivíduos que a compõem estão *felizes*. Prevenir e atenuar os efeitos dos riscos sociais é, antes de ser um dever do Estado, uma obrigação da própria sociedade, assim como tutelar os direitos sociais dos seus membros: uma questão de solidariedade e cooperação.

As reformas nos parâmetros de seguridade social ocorridas nesses dez últimos anos no Brasil têm, em minha maneira de ver, uma forte conotação utilitarista. Não levaram em conta a segurança jurídica, reduziram o nível de proteção social dos indivíduos e apertaram os requisitos para a concessão de benefícios sociais. O que se buscava era a proteção do maior número, isto é, partindo-se de uma premissa falaciosa de que a previdência social entraria em colapso, reduziu-se o nível de benefícios de seus titulares, em nome de toda a sociedade, em nome da preservação de um seguro coletivo que é de interesse (útil) a todos dessa geração e das próximas. Buscaram a máxima satisfação para o maior número de pessoas, mas olvidaram a subjetividade dos direitos sociais.

O segundo está na falsa ideia de que o capitalismo não pode ser humanista, se outra função não ocorre à economia senão atender às necessidades humanas, sua razão ética e moral, incorporadas pelo direito, é dizer, jurisdicizada pelos princípios, na linha dos pensamentos de Habermas e Dworkin. Mediando o embate entre a razão social e a razão econômica, encontramos o homem e suas necessidades. O desejo de lucro que move o homem moderno (monetarizado e tocado pelo *fetiche da mercadoria* de Marx) não é de todo incompatível com as aspirações de resgate do humanismo. Ao invés disso, deve estar a serviço do homem (e não o contrário!). Mesmo os economistas – e pode-se aqui citar três prêmios Nobel de Economia: Sen, Stiglitz e Krugman – não poupam críticas à visão estreita, inspirada por um quantitativismo superficial de um pensamento estatístico e econômico que

reduz a situação de um indivíduo ou de uma categoria social ao seu rendimento em dólares. De qualquer sorte, a função da ordem econômica é satisfazer as necessidades sociais. O pensamento sociológico contemporâneo, na *virada da sociologia econômica*, mudou o seu foco. Sociologia e economia devem caminhar juntas, em uma recíproca condição de possibilidade e retroalimentação.

O terceiro e último é supervalorizar o discurso da *quebra do Estado*, vale dizer, pensar que as despesas sociais poderão aumentar tanto a ponto de levar o Estado à bancarrota. Essa *razão instrumental econômica*, que também contaminou a justiça (que deixa de ser social), escuda-se em uma retórica *alarmista e catastrófica* definida por uma conspiração perversa, a exemplo da falácia da *quebra da Previdência* no Brasil (anunciada desde o advento da Constituição Cidadã de 1988), que, embora não deva de todo ser desprezada, porque os direitos sociais têm um custo, visa também a aumentar os lucros do capitalismo.

É possível intuir um sistema de capitalismo, que se pode chamar de *neocapitalismo* ou *economia social de mercado*, como quiseram os democratas-cristãos dos anos 50, em que a economia de mercado está dirigida à elevação da produtividade, assegurando-se a evolução da produtividade de modo a atender as necessidades de consumo, mas com limites éticos que estabeleçam um equilíbrio entre desenvolvimento econômico e social ou, melhor dizendo, harmonizando-se o princípio de mercado com os avanços sociais (programas de pleno emprego, direitos de seguridade social, políticas de distribuição e justiça social).[140]

Esse câmbio do modelo capitalista, disse García-Pelayo, pressupõe mudanças estruturais profundas: "o primado dos problemas econômicos teria que se subordinar à prevalência das verdadeiras decisões políticas socialmente orientadas, que já não poderiam mover-se nos limites do *status quo*, tendo que avançar até as novas modalidades de distribuição básica do poder econômico e social".[141]

4 O PARADOXO DA CONVERSÃO LIBERAL DOS SOCIALISTAS: AS ESQUERDAS PROGRESSISTAS OU MODERNAS FAZENDO O JOGO DO NEOLIBERALISMO E CORROMPENDO O SOCIALISMO

O capitalismo escapou do controle político, ou, melhor dizendo, ninguém pode fazer política contra os mercados (Joschka Fischer). Mas não agir representa o suicídio político.

---

[140] Nesta linha, Pelayo sustenta que o neocapitalismo dos países desenvolvidos constitui a infraestrutura econômica sobre a qual foi construído o Estado Social (GARCÍA-PELAYO, Manuel. *As transformações do Estado Contemporâneo*. Tradução Agassiz de Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009).
[141] GARCÍA-PELAYO, *op. cit.*, p. 67-68.

Os socialdemocratas que hoje estão no poder na Europa abdicaram do projeto de socialização democrática da economia. Isso ficou bem claro desde a derrota de Mitterand na França e seus planos de um Estado Social Keynesiano. A União Europeia incorpora a lógica concorrencial do mercado neoliberal.[142] Desde o trabalhista Blair no Reino Unido, passando por Sarkozy na França (e agora Hollande), o discurso da harmonia entre justiça social e lucro tem impregnado o mundo. Na Alemanha, o SPD ocupou o poder de 1998 a 2005, mas o resultado do seu programa de governo foi a desregulação do mercado de trabalho, o desmantelamento do sistema de negociação coletiva, a redução do poder de compra dos salários, a diminuição da parte dos rendimentos do trabalho no rendimento nacional, o aumento das desigualdades. O mesmo processo ocorreu com Portugal nos governos do Partido Socialista, por exemplo, com a cobrança de taxas pelos serviços de saúde, que eram constitucionalmente gratuitos – retrocesso social, incorporado por posterior reforma constitucional (passaram a ser tendencialmente gratuitos). Atualmente, os pensionistas portugueses estão seriamente ameaçados com as novas regras das pensões que suportarão a partir de 2015 (autênticos retrocessos sociais).

Greffrath sintetiza esse paradoxo:

> Abre-se um abismo entre as análises clarividentes, também de teóricos da socialdemocracia, que prognosticam para as próximas duas décadas o surgimento de um subproletariado de 20% a 30% da população, de pessoas não mais integráveis à sociedade do trabalho e aos seus mecanismos de distribuição (Estado de Bem-Estar Social e contratos coletivos de trabalho), por um lado, e a práxis dos governos socialdemocratas, por outro lado, que não conhecem outra via senão a "terceira", isto é, o modelo norte-americano com uma mentalidade ligeiramente mais humanitária. Na Europa atual, o único chefe de governo anticapitalista de peso é o papa.[143]

---

[142] Na onda de privatizações da Europa, mesmo os serviços públicos tidos como essenciais tornaram-se uma fatia de mercado milionária a ser leiloada ao grande capital. Oferecer uma tributação amiga aos rendimentos muito elevados e aos rendimentos do capital, fechar os olhos à evasão e às fraudes fiscais, extorquir milhões aos que trabalham e a quem está desempregado, aumentando os impostos sobre os rendimentos do salário, congelar e reduzir os salários, esfacelar a previdência e a assistência social, facilitar as demissões e generalizar o trabalho informal são práticas que os ultraliberais conseguiram instituir na Europa e na América Latina, incluso o Brasil.

[143] GREFFRATH, Mathias. Missão impossível? A Europa tem uma segunda chance na globalização. *In*: PETERSEN, Nikolai; SOUZA, Draiton Golçalves (Org.). *Globalização e Justiça = Globalisierung und Gerechtigkeít*. Porto Alegre: Goethe Institut Inter Nationes, 2002. p. 193-194.

5 A UTOPIA CAPITALISTA DA REDUÇÃO DA CARGA TRIBUTÁRIA: ACREDITAR QUE É POSSÍVEL COMPATIBILIZAR REDUÇÃO DE TRIBUTOS E MANUTENÇÃO DO ESTADO SOCIAL

A teoria clássica da tributação está fundada em dois princípios: neutralidade e equidade. A ideia básica da neutralidade é a de que eventuais alterações na tributação não tragam distorções no sistema de preços relativos, o que implicaria menor eficiência nas decisões econômicas e, portanto, redução do nível de bem-estar. A equidade tributária pressupõe que o sistema tributário reparta o ônus de forma justa entre os agentes econômicos, observando a utilização que cada um faz dos bens e serviços públicos e a capacidade contributiva individual. Ocorre que, ao perseguir a chamada solução eficiente de mercado, se olvida que a tributação não pode ser analisada como elemento isolado do sistema social, justamente porque é o mecanismo essencial para a cabal efetivação dos direitos fundamentais reconhecidos na Constituição. É, de rigor, o fator de equilíbrio entre os interesses capitalistas e sociais, que constituem a ordem socioeconômica normativa constitucional.

Não há como manter o Estado do Bem-Estar Social sem tributação razoável dos meios de produção. O nível de atendimento das necessidades sociais se define pelo tamanho da carga tributária. Ainda que exista um espaço muito grande no Brasil para uma maior racionalidade da tributação (a folha de salários não poderia ser tão onerada) e principalmente para uma maior eficiência do Estado na arrecadação (renúncias fiscais, informalidade e sonegação fiscal são sangrias desatadas), tarefa difícil será a de conciliar os ideais de redução da carga tributária e, portanto, desoneração do capitalismo corporativista com a manutenção de programas sociais em níveis que garantam o bem-estar social mínimo. Alcançar o equilíbrio, dosando a carga fiscal de forma que possibilite o crescimento econômico (investimento), constitui o grande desafio das sociedades contemporâneas.

Nas sociedades democráticas avançadas, o limite máximo para a carga tributária é alto. As cargas tributárias médias nos países desenvolvidos são substancialmente maiores do que nos países intermediários, e maiores nestes últimos do que nos países pobres. Não é em vão que os Estados Unidos têm uma carga tributária de 30%, contra 44% na União Europeia e mais do que isso nas democracias sociais mais avançadas do norte da Europa.[144]

Uma das grandes reclamações, tanto do capital quanto dos trabalhadores, é a elevada carga tributária. No Brasil, chega a 40% do PIB. Entre nós, o elevado nível de tributação dos salários e das empresas fica exposto às mais contundentes críticas na medida em que as

---

[144] Cf. BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. O surgimento do Estado Republicano. *Lua Nova*, n. 62, 2004. p. 131-150.

contrapartidas estatais em termos de serviços públicos tendem a escassear. É certo que nos países com programas sociais mais consistentes o nível de tributação é elevado ou tão alto quanto no Brasil, mas o nível dos serviços sociais prestados é muito maior.[145]

O paradoxo do desenvolvimento econômico a partir do aumento da carga tributária reside justamente na circunstância de que a política fiscal é determinante do nível dos investimentos internacionais. As empresas transnacionais incorporam, sem exceção, políticas econômicas que determinam a retração dos investimentos diante de países com carga fiscal elevada, inclusos os encargos sociais. Eis o paradoxo: Estados débeis não têm como equilibrar suas finanças senão por meio da arrecadação tributária.

Os governos atuais, na Europa, engessados pela gestão centralizada do euro, que impede a desvalorização cambial,[146] passam a ter que conviver com a contradição de manter os altos custos do Estado de Bem-Estar e aumentar a carga tributária ou reduzir os investimentos públicos que beneficiavam milhares de pessoas. Em qualquer dessas situações, a impopularidade e o possível desgaste eleitoral são fantasmas sempre presentes.

Resumindo: se formos realistas, vamos ver também que, fora do âmbito da tributação – a base da receita pública –, não existem muitas soluções, embora muito possa ser feito para se evitar a evasão e a elisão fiscais. A racionalização da receita tributária passa pelo combate à sonegação e à informalidade, pelo fim das renúncias fiscais, pela desoneração e pela autonomia do orçamento da seguridade social. O mercado internacional globalizado, por exemplo, bem explicam Martin e Schumann, atua como vilão do bem-estar social: "no âmbito do entrelaçamento global, empresas transnacionais operam numa zona cinzenta do direito tributário, na qual a tributação pode ser reduzida a um mínimo". Nem sempre ilegalmente: "as despesas são criadas onde os impostos são mais altos, os lucros são lançados onde as alíquotas são menores". Empresas, inclusive as de porte médio, usam e abusam do *transferpricing*. A "guerra fiscal" está deflagrada. "Os governos democraticamente eleitos não decidem mais sobre o valor da tributação, mas os próprios negociantes de produtos e capitais estabelecem

---

[145] O Brasil está em primeiro lugar no *ranking* da tributação sobre a folha de salários, com 57,56%, para uma média global de 25%. Fonte: Revista Exame, 2 ago. 2013. Disponível em: <http://exame.abril.com.br/rede-de-blogs/brasil-no-mundo/2013/08/02/e-mais-uma-vez-o-brasil-e-lider-mundial-em-tributos/>. Acesso em: 15 abr. 2014.

[146] Ver, a propósito, STREECK, Wolfgang. *Tempo comprado:* a crise adiada do capitalismo democrático. Lisboa: Actual, 2012. p. 264-268. Para este autor, a possibilidade de desvalorização constitui uma espinha que crava na garganta do totalitarismo de um mercado único, embora seja um instrumento grosseiro e provisório, mas, do ponto de vista da justiça social, é melhor do que nada: "O direito de desvalorização não é senão uma expressão institucional do respeito pelas nações, representadas pelos seus Estados, enquanto comunidades econômicas de vida e destino singulares. Funciona como um travão à pressão capitalista para a expansão e racionalização, exercida do centro para a periferia, e proporciona aos interesses e às identidades que se lhe opõem e que, no mundo do comércio livre do grande mercado interno, seriam empurrados para o populismo e o nacionalismo, uma alternativa coletiva realista à automercantilização obediente, exigida pelo mercado" (*Op. cit*., p. 265).

qual a contribuição que desejam dar para o atendimento dos encargos estatais", sem contar que canalizam uma parcela crescente das despesas estatais para o seu caixa: "a concorrência pelos menores recolhimentos é acompanhada pelas subvenções mais generosas".[147] Em todos os casos, o Estado pode ser adjetivado de mero *hospedeiro* das empresas transnacionais.

6 PARADOXO DA GLOBALIZAÇÃO DIANTE DAS PRÁTICAS POLÍTICA E SOCIAL QUE SE DÃO NO LOCAL

Talvez o maior desafio dos Estados-Nação da contemporaneidade seja mesmo a inclusão dos seus elementos constitutivos na sociedade globalizada, com suas contingências e seus novos avatares. O mundo complexo e contingente da fenomenologia e o fim dos metarrelatos da nacionalidade tensionam endêmica e estruturalmente os Estados, impondo-lhes mudanças políticas, sociais, econômicas e jurídicas.

No plano jurídico, a necessidade de adaptação das instituições é um consenso científico justificado pelas mudanças sociais. O tensionamento que a nova ordem global impõe à soberania estatal reside justamente no surgimento de uma ordem jurídica supranacional estruturada a partir de características, valores e princípios que se ampliam em sua normatividade para o espaço fora do Estado Nacional (em um deslocamento pós-nacional, no dizer de Habermas). O direito contemporâneo, flexível e pluralista no que concerne às suas fontes e á sua eficácia, tende a se deslocar do seu *locus* histórico, concentrado no Estado Nacional, para um espaço regulatório transnacional, acompanhando o mesmo fenômeno que ocorre nas relações sociais, que se transportam para fora dos limites estatais, irritando seus poderes regulatórios e suas bases positivistas. Eis o dilema operacional do direito: atuar em uma dimensão espaço-temporal global com instrumentos e categorias adrede concebidos para o enfoque local.

Não obstante, paradoxalmente, esse deslocamento parece não suprimir a importância dos espaços nacional e local. O global habita o nacional, e as coisas acontecem no espaço local. Assim é que, para S. Sassen, a globalização é mais do que a noção comum da interdependência crescente no mundo em geral e da formação de instituições globais, sendo também a concepção de algo que habita o nacional.[148] Nisso reside o paradoxo: a prática social acontece nos palcos nacional e local, com ônus para o Estado-Nacional e para os seus agentes econômicos. Como advogar a desvalia desses planos? Zygmunt Bauman acidamente critica a opção da camada superior (global) de separar-se/isolar-se e diz que seria um erro

---

[147] MARTIN, Hans-Peter; SCHUMANN, Harald. *A armadilha da globalização*. São Paulo: Globo, 1998. p. 273-312 (Capítulo 8 – A quem pertence o Estado?).
[148] SASSEN, Saskia. *A Sociologia da Globalização*. Porto Alegre: 2010. p. 9.

visualizar os aspectos *globais* e *locais* das condições existenciais e da vida política contemporâneas como se residissem em dois espaços distintos e hermeticamente fechados que só se comunicam de modo marginal e ocasional.[149]

O renomado sociólogo polonês repara nisso um dos mais surpreendentes paradoxos revelados em nossa época: em um planeta que *globaliza* rapidamente, a política tende a ser apaixonada e constrangedoramente *local*.[150] E exemplifica: "A progressiva comercialização dos cuidados com a saúde, obviamente um efeito da furiosa competição entre as gigantes farmacêuticas supranacionais, chega ao olhar *político* quando os serviços de um hospital de bairro decaem ou os lares para idosos e as instituições de saúde ficam defasados". Por isso afirma que "as cidades se tornaram depósitos sanitários de problemas concebidos e gerados globalmente". Concluindo, diz: "Assim, permitam-me repetir, surge o paradoxo de uma política cada vez mais local num mundo progressivamente modelado e remodelado por processos globais".[151]

7 O PARADOXO NEOLIBERAL DA MINIMIZAÇÃO DO ESTADO SOCIAL *A CONTRARIO SENSU* DA MAXIMIZAÇÃO DOS RISCOS

Uma aproximação histórico-conceitual é condição de possibilidade para o desenvolvimento do tema. O que é neoliberalismo? Podemos dizer, de uma forma singela, que se trata de uma nova versão do liberalismo, movimento político constitutivo de uma verdadeira religião que impregnou o mundo ocidental depois das revoluções americana e francesa, no século XVIII. Suas bandeiras são as limitações ao poder estatal e o culto à liberdade individual. Representa o neoliberalismo um novo capítulo na luta ideológica travada na modernidade entre liberalismo e socialismo, ao qual costuma fazer concessões cíclicas. O liberalismo, na verdade, nunca deixou de ser perseguido pela humanidade. Nesta fase mais liberal, que se convencionou chamar de neoliberalismo – e alguns já agora a identificam como pós-neoliberalismo ou ultraliberalismo[152] –, uma espécie de *neo-laissez-faire*, uma política econômica baseada na ideologia capitalista, vale dizer, no *fetichismo da mercadoria*, no desmonte do Estado Social, na lógica econômica eficientista, nas ideias de acumulação e concentração de capital, o liberalismo ressurge com o objetivo de retomar o espaço, até certo ponto autoritariamente perdido, depois da Segunda Guerra.

---

[149] BAUMAN, Zygmunt. *Tempos Líquidos*. Traduzido por Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007. p. 85.
[150] BAUMAN, *op. cit.*, p. 88.
[151] BAUMAN, *op. cit.*, p. 89.
[152] SADER, Emir; GENTILI, Pablo (Org.). *Pós-neoliberalismo II. Que Estado para que democracia?* 4. ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 1999.

Em síntese, trata-se de uma ideologia fermentada a partir da queda dos regimes socialistas. Suas principais características assim podem ser sumariadas: *i*) tendência de mercantilização dos direitos sociais, agora transformados em bens e serviços entregues à iniciativa privada; *ii*) artificial desequilíbrio entre mercado e Estado: sacralização do mercado e satanização do Estado, associado ao mau e ao ineficiente; *iii*) manipulação do ideário popular com o objetivo de criar um senso popular que confere legitimidade às escolhas políticas de cunho econômico e social (manipulação do consenso democrático); e *iv*) convencimento das elites políticas capitalistas sobre as vantagens do seu programa de desmonte do Estado Social, aumento das desigualdades econômicas e enfraquecimento das instituições democráticas por meio de retrações dissimuladas em supostas e indispensáveis metassociais da pós-modernidade não diretamente vinculadas ao capitalismo.

A universalização do ideário neoliberal contou com a instrumentalização operacional do Fundo Monetário Internacional (FMI), por meio do conhecido pacote de ajuste estrutural do Banco Mundial, o chamado "Consenso de Washington”, que constitui a síntese da estratégia neoliberal, incluindo medidas como a privatização dos bens estatais, a diminuição dos subsídios e a eliminação das restrições e dos regulamentos dos Estados em vigor sobre a atividade econômica, o comércio e o investimento estrangeiro.[153]

Uma das principais características do neoliberalismo está em que qualquer área da vida social pode, em princípio, ser reconstituída nos termos das entidades, dos processos, das relações e das identidades dos mercados. Pessoas e países, por exemplo, podem tornar-se produtos. Esse é o "objetivo utópico" do neoliberalismo – alusão ao paradoxo e à ironia que a ninguém escapa: em contraste com o liberalismo clássico, o neoliberalismo não é um princípio antiutópico, sua antipatia ao socialismo e ao comunismo vai junto com a projeção de seu próprio *mercado utopia*.

O desafio mais importante do Estado do Bem-Estar Social deverá ser a governança dos riscos que a complexidade e as novas contingências da sociedade global pós-moderna impõem aos indivíduos. Embora não constitua tarefa exclusiva do Estado a contenção desses riscos, que incumbe também à sociedade organizada, aos organismos internacionais, enfim, à

---

[153] Ninguém desconhece a "história" do neoliberalismo, e seria, sem embargo da importância, comezinho recontá-la aqui, senão para lembrar que as origens do projeto neoliberal são governamentais, provêm do Estado. São anglo-americanas e associadas em particular às administrações de Reagan e Thatcher, sob o argumento de encontrar solução para as crises econômicas da Grã-Bretanha e dos EUA. A “revolução Thatcher”, também chamada thatcherismo, foi, pois, na sua origem, uma estratégia de política econômica estatal empregada na tentativa de inverter a longa decadência econômica da Grã-Bretanha, o mesmo se podendo dizer do reaganismo nos EUA, no início dos anos 90.

pluralidade dos novos atores trazidos à cena pelo multipluralismo, deve-se reservar ao Estado o papel de grande protagonista na governança das inseguranças sociais.

A governança dos riscos pressupõe basicamente duas ordens de medidas, dois grandes desafios: *i*) prevenir, evitando que ocorram; e *ii*) gerir os seus efeitos, se forem inevitáveis. Ambas as tarefas são, senão prioritariamente, ao menos supletivamente, cometidas ao Estado, que para isso necessita adaptar seu paradigma regulatório.

Em suma: o neoliberalismo e a globalização econômica, de que fazem parte as medidas de ajuste da economia e desajuste do social, além de benefícios, produzem também nas sociedades contemporâneas o agravamento de antigas situações de miséria e desigualdade a partir de uma nova pobreza causada pelo desemprego e pela generalização das situações de precariedade no trabalho, aumentando o contingente daqueles que se tornaram vulneráveis do ponto de vista social pela ausência dos mecanismos de proteção social. Em contrapartida, paradoxalmente defendem a supressão do Estado Social. A pergunta que não quer calar é: quem irá prover as situações de risco?

Diante desse quadro, pode-se arriscar um prognóstico que não deixa de ser sombrio. O neoliberalismo, fundado na "racionalidade econômica" de acumulação do capital, alvitra, em um futuro bem próximo, "entregar o social para uma grande seguradora financeira" ou para o chamado "Terceiro Setor". Quem puder pagar pelo seguro garante imunidade contra os riscos sociais (incapacidade, desemprego e velhice, basicamente). O Estado somente deve intervir para garantir prestações compreendidas no que chama de *mínimo existencial*, a quem comprove estar no umbral da miserabilidade. Teremos um Estado Social meramente filantrópico.

8 PARADOXO ULTRALIBERAL E NEOCONSERVADOR DA MINIMIZAÇÃO DO ESTADO SOCIAL: A FALHA DA RACIONALIDADE EFICIENTISTA ECONÔMICA

A investidura, por parte do Estado, de responsabilidade pelo bem-estar dos cidadãos implica transferências, monetárias e de serviços, invariavelmente redistributivos. Qualquer tentativa, pois, de implantação de um Estado do Bem-Estar Social irá se defrontar com o *trade-off* entre crescimento e redistribuição: o gasto público social é economicamente ineficiente e, portanto, exerce influência negativa sobre o crescimento econômico. Esta é a base fundadora do ideário neoliberal da economia capitalista.

Esses argumentos, fundados em uma equivocada racionalidade econômica, em um pseudo-eficientismo, na desvinculação entre o econômico e o social, não levam em consideração aquele que talvez constitua o fundamento mais relevante do Estado Social, sua face mais eficiente, que vai além da redução da pobreza e das iniquidades: é o Estado-Providência conferindo segurança ou garantia durante todo o ciclo de vida dos indivíduos, possibilitando que permaneçam economicamente ativos e consumindo. No dizer de Nicholas Barr, no seu *The Welfare State as piggy bank*, *"the welfare state exists not only to relieve poverty; but also to provide insurance and consumption smoothing"*. Essa função confere ao Estado a tão decantada eficiência econômica, que é justamente o equilíbrio na divisão dos recursos entre os gastos com o bem-estar social e outras áreas. Cumpre também ao *Welfare State* comprovar sua eficiência atuando diretamente no nível de consumo dos indivíduos.[154] É justamente a manutenção do consumo que interfere positivamente na produção econômica (desenvolvimento), aumentando a receita e possibilitando a maior distribuição de rendas. O crescimento pode ser um remédio miraculoso à pobreza quando aumenta o emprego e faz crescer a produtividade e com ela os salários,[155] aumentando o conjunto da renda, mas isso não se dá de forma espontânea, pressupondo, sobretudo, o estabelecimento de uma política de distribuição de renda e mecanismos de limitação ao regime de acumulação.

9. PARADOXOS DO "ESTADO MAQUEIRO" (GARANTIDOR): A OPERAÇÃO DE SALVAMENTO DO SISTEMA FINANCEIRO E OS REFLEXOS NO ESTADO DO BEM-ESTAR SOCIAL

Com a crise do capitalismo do final da última década, as medidas governamentais adotadas na operação de salvamento marcaram o retorno forte da intervenção estatal na economia, agora para aplacar uma crise que ameaçava a economia mundial. Paradoxalmente, o Estado foi chamado para restabelecer a ordem econômica e, nessa medida, o apelido *Estado Maqueiro* (Chevallier) é irrecusável. "Quem teria pensado, ainda há poucos anos, que precisamente os bancos que outrora protestavam veementemente contra qualquer intervenção

---

[154] Se observarmos o avanço na redução da pobreza dos países asiáticos, por exemplo, vamos ver que ele está relacionado com o desenvolvimento econômico sustentável. Nesses países em que o crescimento é elevado há mais de 30 anos, a desigualdade de renda é moderada, a dispersão de renda dos pobres é menor e a pobreza reduziu-se consideravelmente.

[155] O paradoxo da mais-valia é olvidar que os trabalhadores não são somente os produtores da riqueza, mas também os que têm de adquirir, a um preço lucrativo para o capital, as mercadorias produzidas para serem vendidas no mercado. Ao reduzir os salários, o capital aumenta a taxa de mais-valia, mas, ao fazê-lo, reduz o poder de compra dos trabalhadores, colocando em risco a própria mais-valia. O empobrecimento dos trabalhadores acaba por gerar uma crise de sobreprodução.

estatal pediriam ajuda aos Estados endividados, e que estes Estados disponibilizariam realmente montantes astronômicos?".[156]

É importante correlacionar a crise do Sistema Financeiro com a crise do Estado Social, isto é, a relação da face capitalista do Estado com a sua face Social (Estado do Bem-Estar Social). Depois de irrompida a crise nos EUA, seus efeitos chegaram à economia europeia, que não foi atingida de forma linear – Grécia, Espanha, Itália e Portugal estão a sofrer os maiores abalos (Alemanha e França gozam hoje de melhor saúde financeira). A chamada "crise do euro" repercutiu em profunda recessão econômica e imediata massificação do desemprego. A UE e o FMI aplicaram, na delicada operação de salvamento, suas cartilhas de medidas de austeridade, de que já se falou, apostando em soluções que passam pela recessão econômica e pela limitação dos salários e das aposentadorias. O desmanche do Estado Social é apontado como panaceia.

Tanto na crise americana quanto na crise do euro, a solução encontrada foi, além da adoção de políticas econômicas recessivas, que geram o desemprego (problema social), o sacrifício dos direitos sociais. Quem paga a conta dos desmandos do capitalismo é o social. O elevado custo da salvação da economia mundial depois das manobras arriscadas dos operadores do sistema financeiro global, verdadeiro cassino, recaiu sobre o Estado Social.

A conclusão revela-se de clareza solar: houve, de rigor, dupla punição do Estado Social. Há uma espécie de circularidade. Primeiro, porque os recursos destinados ao social foram repassados ao sistema financeiro. Isso gerou déficit público, aumento pesado das despesas públicas diretamente empenhadas na operação de salvação. Depois, porque a salvação, como disse, encontra na recessão econômica o seu fundamento, o que gera desemprego. O desemprego, por sua vez, onera o Estado Social.

Do ponto de vista econômico, a crise provocada pelo "estouro da bolha" de crédito imobiliário nos Estados Unidos em 2008 evidencia um paradoxo. Ao exigir o socorro de inúmeras instituições financeiras, ela acabou difundindo a noção equivocada de que o Estado deve sobrepor-se ao mercado como agente alocador de recursos econômicos escassos. Levada ao extremo, essa falsa ideia, no Brasil, poderá ter consequências graves, pois é inegável que, quanto maior o Estado, maior o incentivo à corrupção, maiores serão as despesas com a sua burocracia e menos recursos sobrarão para os serviços sociais (fins sociais).

Avelãs Nunes sintetiza esse paradoxo:

---

[156] Paradoxo suscitado por BECK, Ulrich. *A Europa alemã*. *De Maquiavel a "Merkievel"*: estratégias de poder na crise do euro. Lisboa: Edições 70, 2013. p. 24.

> Quando os excessos do jogo levaram os grandes especuladores à beira da falência, o Estado (sob a responsabilidade dos conservadores, socialistas ou sociais democratas) aparece a salvá-los da bancarrota, com o dinheiro que cobra dos contribuintes, em grande parte trabalhadores por conta de outrem. É, verdadeiramente, o estado garantidor, o estado que garante os interesses da pequena elite do grande capital financeiro.[157]

E conclui:

> Se não houver uma mudança radical, a única certeza é esta: os "pobres do costume" pagarão um preço mais elevado para sanar a crise de que não são responsáveis. É o que já está acontecer, sem qualquer disfarce, na Grécia, em Portugal, na Irlanda e também na Espanha, que se contam entre os elos mais fracos da Eurolândia.[158]

Apesar da crise – e agora, paradoxalmente, em razão da crise –, os dirigentes europeus continuam adotando as práticas monetaristas de culto ao combate da inflação a custa do desemprego e da recessão. A solução da crise “exige sacrifícios humanos para apaziguar a cólera dos deuses invisíveis (mas bem conhecidos)" (Paul Krugman).

10 O PARADOXO DO CAPITALISMO SEM A REGULAÇÃO DO ESTADO E DEMOCRACIA: O FUTURO INCERTO DO ESTADO DO BEM-ESTAR SOCIAL

Há uma contradição teórica fundamental nos discursos sobre o Estado-Nação e seus sistemas econômicos. Gramsci mostra esse lamentável equívoco, afirmando que o fundamento do movimento do livre mercado está baseado na diferença entre sociedade política e sociedade civil, que se converte em distinção orgânica. Dessa forma, afirma-se que atividade econômica é própria da sociedade civil e que o Estado não deve intervir em sua regulamentação.

> Pero, dado que en la realidad concreta la sociedad civil y el Estado se identifican, la conclusión es que también el

[157] AVELÃS NUNES, *op. cit*., p. 175-176. Segundo este autor, a OCDE calcula que em todo mundo, foram mobilizados, nessa cruzada salvadora, 11,4 bilhões de dólares, o que equivale a dizer que cada habitante do planeta contribuiu com 1,676 dólares para salvar da bancarrota aqueles que utilizam a poupança coletiva para jogar na roleta dos *jogos da bolsa* e em outros jogos, à margem da economia real à custa dela e mesmo à margem da lei.

[158] AVELÃS NUNES, *op. cit*., p. 218.

> liberalismo es una "reglamentación" de carácter estatal, introducida y mantenida por vía legislativa y coercitiva: es un hecho de voluntad consciente de los propios fines y no la expresión espontánea, automática del hecho económico. Por consiguiente, el liberalismo es un programa político, destinado a modificar, en cuanto triunfe, el personal dirigente de un Estado y el programa económico del Estado mismo, es decir, a modificar la distribuición de la renta nacional.[159]

O capitalismo, está mais que provado, não tem capacidade para gerir as diversas fases do ciclo econômico, mas, sobretudo, já nem sequer consegue manter uma ilusão de crescimento distribuído conforme a ideia de justiça social estruturada na perspectiva de redução das desigualdades, que é, ao mesmo tempo, o telos e a base operacional da democracia.[160]

Um modelo de capitalismo sem Estado e democracia encontramos na utopia de Friedman e Hayek, da ditadura da economia de mercado capitalista acima de qualquer correção democrática. De fato, bloqueadas as instâncias mediadoras políticas, é dizer, os caminhos democráticos de articulação de interesses e esclarecimento de preferências, restarão apenas os protestos extraparlamentares, sempre emocionais, irracionais, fragmentados e irresponsáveis (tivemos isso bem claro no Brasil, com os recentes movimentos sociais sem objetivos definidos, que não duraram e quase nada mudaram).[161]

Nada obstante a respeitável defesa da retirada do Estado, nos dias atuais há um quase consenso sobre a relevância do papel estatal – o que fica mais evidente nas crises do capitalismo e nas crises de segurança, em que o Estado é chamado para restabelecer a ordem e a paz social. Para Peces-Barba:

> la ideologia que impulsa los derechos sociales los entiende en una dialéctica entre el Estado y la sociedad civil, siendo la interacción de ambas dimensiones imprescindible para sua

---

[159] GRAMSCI, Antonio. *La política y el Estado moderno*. 1. ed. Buenos Aires: Arte Gráfico Editorial Argentino, 2012. p. 113.
[160] A ideia de democracia tem como base o equilíbrio entre justiça social e justiça de mercado.
[161] Destacam-se as ideias dos autores libertários NOZICK, Robert (*Anarquia, Estado e utopia*. São Paulo: Martins Fontes, 2011), FRIEDMAN, Milton (*Capitalismo e liberdade*. Rio de Janeiro: Abril, 1984) e HAYEK, Friedrich (*O caminho da servidão.* 6. ed. São Paulo: Mises Brasil, 2010), refutando o Estado Social distributivo e o igualitarismo. O primeiro, com a chamada Teoria da Titularidade, e os outros dois com base em fundamentos individualistas descritos no libertarismo instrumental de matriz econômica. Friedman, expoente da Escola de Chicago, vinculado ao monetarismo, combate duramente o keynesianismo (e as ideias de gasto público com o bem-estar) defendendo a economia de livre mercado. Hayek afirmou que a expressão justiça social deveria ser abolida do dicionário dos economistas. Ambos, defensores dos modelos solipsistas de econometria, têm um papel muito importante no triunfo do ultraliberalismo como nova verdade irrefutável.

> existencia. No hay derechos sociales sin intervención del Estado, y sin la participación de los ciudadanos reclamando de éste, por un procedimiento jurídico, situado en la democracia parlamentaria-representativa.[162]

Polanyi aponta o paradoxo liberal capitalista em sua dimensão de livre mercado:

> (...) la introducción de mercados libres, lejos de suprimir la necessidad de ordenación, de regulación y de intervención, han aumentado el alcance de estos (...) Así que, incluso los que deseaban con más ardor, liberar al Estado de toda tarea inútil, sólo han podido investir a este mismo Estado de poderes, órganos y instrumentos nuevos, necessarios para el establecimiento del laissez faire (...)[163]

Parece evidente que a utopia estatolátrica, a sustentar a plenipotencialidade do Estado para resolver todos os conflitos sociais e atender todas as contingentes necessidades sociais, não resiste às tendências de pluralismo e à policontexturalidade da sociedade pós-moderna. Mostram isso Boaventura, Teubner, Canotilho e tantos outros.

O discurso hoje dominante advoga que o Estado Social, no entanto, carece de uma nova formatação de seus aparelhos para enfrentar as novas necessidades e contingências que caracterizam a chamada modernidade tardia, que se projeta no contexto da globalização. O Estado tende a transformar-se, adaptar-se aos novos tempos. Seus elementos, tensionados pelas crises, passam por uma releitura e estão sendo redesenhados, quiçá com a tinta da flexibilização determinante de um esmaecimento socialmente perigoso, embora economicamente vantajoso. Adaptação é, pois, a palavra-chave do momento contemporâneo, como bem refere Nicholas Barr: "*In the face of all these changes, the word 'adapting' is key*".[164]

A instituição estatal, atravessando crises, permanece insubstituível, mas demanda um conjunto de transformações que, longe de serem superficiais, são de ordem estrutural e contribuem para redesenhar a figura do Estado. É, pois, precipitado imaginar que a presença do Estado seja dispensável, quanto mais não fosse, para desempenhar o papel de mediador das forças e dos interesses dos vários atores que, tendência da pós-modernidade, passam a compor

---

[162] PECES-BARBA, Gregório. Derechos sociales y positivismo jurídico (Escritos de Filosofía Jurídica y Política). Madrid: DYKINSON, 1999. p. 34.

[163] POLANYI, Karl. *La gran transformación:* crítica del liberalismo económico. Traduzido por Julia Várela y Fernando Alvarez-Uría. Madrid: Ediciones de la Paqueta, 1989. p. 233.

[164] BARR, Nicholas. *The Welfare State as Piggy Bank*: Information, Risk, Uncertainty, at the Role of the State. Oxford/New York: Oxford University Press, 2003. p. 272.

o processo político-democrático, cada vez mais marcado pela pluralidade de ideias, interesses e atores.[165]

Na Europa, os avanços histórico-políticos decorrentes de um consenso fundamental de solidariedade social, refletidos no Estado do Bem-Estar Social, desde o pós-Segunda Guerra Mundial, em três décadas de predomínio das ideologias ultraliberais e neoconservadoras, se esboroam e desaparecem sem muita resistência, rumo à liquidação. Esse parece o ponto fundamental que precisamos tocar. Não há resistência. Dá-se por certo que as ideias do Estado do Bem-Estar Social, filosóficas, financeiras e políticas, devem ser abandonadas. A sociedade está desarticulada e parece aceitar de bom grado que seus direitos sejam solapados. Está, pode-se dizer, anestesiada, assim como cooptada pelo irresistível discurso ultraliberal, sua representação política. Com a crise de 2008, que tinha tudo para escancarar a falácia liberalista, desnudando sua face escusa e arriscada, ocorreu o contrário – foi o Estado Social duplamente punido: os recursos dos serviços sociais foram desviados para apagar o incêndio dos sistemas financeiros em crise, mas também as ajudas financeiras externas, por imposição do Banco Central Europeu, foram condicionadas a desnecessários cortes no Bem-Estar Social.[166] Paulo Krugman, sobre a hegemonia ultraliberal que golpeia sem dó o Estado Social, exigindo o seu desmanche, disse que "não o fazem porque creem que isto contribuirá para sair da crise. Fazem-no porque odeiam profundamente o Estado de Bem-Estar".[167] No banco dos réus está a célebre política do *deficit spending*: endividamento do Estado com a finalidade de financiar a despesa pública, sobretudo a despesa social.

11 DA UTOPIA DA AUTOSSUFICIÊNCIA DAS NORMAS JURÍDICO-CONSTITUCIONAIS À INSUFICIÊNCIA DO SUPERDISCURSO NORMATIVO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

No contexto de crise econômica globalizada (facilitada ou não pela globalização), os Estados são tensionados para enxugar seus modelos de bem-estar. A remodelagem, sob o influxo ultraliberal, passa desgraçadamente pela limitação de direitos sociais. Bem por isso, é compromisso da Ciência do Direito – e até aqui falei de possibilidades econômicas – com a

---

[165] Consultar, a propósito, CHEVALLIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

[166] Alguns, em termos puramente ideológicos, combatem o Estado, empurrando-o para um Estado mínimo e subsidiário. Outros salientam a lógica econômica: o equilíbrio do déficit orçamental indispensável à criação de clima atrativo para investimentos não é compatível com uma administração pública herdada do "Estado máximo" (CANOTILHO, J. J. G. O Direito Constitucional como ciência de Direção: o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da "constituição social"). *R. Trib. Reg. Fed. 4ª Reg*. Porto Alegre, ano 19, n. 67, p. 15-68, 2008).

[167] BURGAYA, Josep. *El Estado de bienestar y sus detractores*: a propósito de los orígenaes y la encrucijada del modelo social europeo. Barcelona: Octaedro, 2013. p. 113.

construção de uma dogmática que responda à necessidade de proteção dos direitos sociais. Seja como estabilizador e generalizador de expectativas sociais, seja como regulador de condutas ou ainda como instrumento de transformação social, parece intangível a atuação diretiva do direito na "luta pelos direitos sociais", e isso não prescinde de construções jurídicas dogmáticas e filosóficas que impeçam o seu solapamento. O direito, notadamente o constitucional, por sua capacidade de direção, constitui ainda o instrumento mais eficaz de tutela dos direitos sociais. Canotilho explica:

> Se a "lógica dirigente" está hoje posta em causa, isso não significa que o direito tenha deixado de se assumir como instrumento de direção de uma comunidade juridicamente organizada. A Constituição pode ter deixado de ser uma norma dirigente mas não está demonstrado que não tenha capacidade para ser uma norma diretora. Mesmo tendo em conta as críticas dirigidas contra o normativismo constitucional (a que atrás fizemos referência) cremos que o direito continua a ser um instrumento fiável e incontornável de comando numa sociedade.[168]

As Constituições representam a barreira jurídica que pode garantir sobrevida aos direitos sociais, inequivocamente, ao lado dos direitos econômicos e culturais, espécie de direitos fundamentais, como afirmaram, entre outros, Habermas, Ferrajoli, Canotilho, Peces-Barba, Pérez Luño, Jorge Miranda, Gilmar Mendes, Bolzan de Morais e Jairo Schäfer,[169] impedindo que se tornem objeto de transigências políticas e econômicas. Brasil e Portugal, por vontade social vertida nos seus textos constitucionais, afirmam a centralidade dos direitos fundamentais e o modelo de Estado Social Democrático de Direito, vale frisar, o compromisso do Estado, legitimado pela própria normatividade da Constituição, não apenas com o reconhecimento e a efetivação dos direitos sociais, mas, também, com a preservação de seus conteúdos diante das ameaças ultraliberais.

Mas foi com a preocupação dogmática que o Estado Social fez "montanhas de leis". Além de outros problemas, sabemos, a normatividade nem sempre tem sua eficácia social

---

[168] CANOTILHO, J. J. G. O Direito Constitucional como ciência de Direção: o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da "constituição social"). *R. Trib. Reg. Fed. 4ª Reg*. Porto Alegre, ano 19, n. 67, p. 15-68, 2008. p. 29.

[169] Por todos, citamos Schäfer, no seu ensaio sobre a classificação dos direitos fundamentais, na defesa da proposta de um sistema de compreensão unitária desses direitos, um contributo importante, disse Gilmar Mendes, para "combater a hierarquia valorativa que, para justificar o postergamento da incorporação dos direitos fundamentais sociais, empurra-os a um segundo plano" (SCHÄFER, Jairo. *Classificação dos direitos Fundamentais*: do sistema geracional ao sistema unitário. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 14).

garantida. Bem dizia More, que, para os utopianos, "é suprema iniquidade manter os homens sob uma infinidade de leis que ninguém chegará jamais a conhecê-las todas ou mesmo lê-las, além de serem demasiado confusas para que o cidadão comum possa mesmo compreende-las".[170] Carnelutti, no seu *A morte do Direito*, repetiu essa assertiva.

Impende falar então acerca da assimetria entre a normatividade e a teoria dos direitos fundamentais e a sua efetivação social, notadamente sobre o déficit de implementação das políticas públicas sociais. Como condição de possibilidade, refiro duas posições cediças na dogmática jurídica. A primeira, no sentido de que o Estado, para que possa ser considerado de Direito, precisa contar *i*) com um conjunto de normas garantidoras de direitos fundamentais de natureza civil, política, econômica e social; e *ii*) também com um sistema efetivo de promoção e garantia desses direitos que possibilite o seu pleno gozo pela população. O Estado de Direito não se realiza, pois, pela mera existência de um sistema formal de regras jurídicas e pela substituição da discricionariedade do governante pela discricionariedade da vontade do legislador. A segunda, a ditar que, no Estado Social Constitucional de Direito, não é a vontade do legislador que deve prevalecer para conter o arbítrio do governante, mas, sim, a vontade da Constituição que se deve sobrepor tanto ao legislador como ao governante. Nesse modelo, adotado pelo Brasil, a Constituição não se limita a fixar os parâmetros de organização jurídica e política do Estado e vai mais longe para outorgar *poder normativo vinculante* aos valores-programas que estruturam a ordem social. Mesmo quando válida, a norma que contrarie valores, princípios ou regras constitucionais perde o seu fundamento de legitimidade e torna-se inválida.

Há hoje um quase consenso no sentido de que os direitos sociais, antes de tudo direitos humanos, estão enquadrados na espécie dos direitos fundamentais, conferindo, portanto, a seus titulares um feixe de posições jurídicas subjetivas em face do Estado. Natural consequência disso é atribuir-se a vários legitimados a possibilidade de demandarem judicialmente em defesa de seu direito subjetivo.[171] O art. 6º da CR/88 dispõe que são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados, na forma dessa Constituição.

Ocorre que, no último quartel do século passado e nesse limiar do século XXI, experimentou-se um considerável avanço no plano teórico-normativo constitucional dos

---

[170] MORE, T. *Utopia,* p. 88.
[171] Cf. posição defendida, entre inúmeros outros constitucionalistas, por Gomes Canotilho, Ingo W. Sarlet, Paulo Bonavides, Gilmar Mendes, Jorge Miranda e Luís Barroso.

direitos fundamentais. Pode-se hoje contar com um arcabouço normativo com assento constitucional e uma racionalidade teórica bem construída, suficientes para justificar estarmos, no Brasil, identificados com o ideário do *Estado Constitucional Democrático Social de Direito*.[172] Dito avanço, todavia, não se refletiu no campo social, na esfera da realidade palpitante da vida das pessoas. É, pois, paradoxal "a prodigalidade discursiva no campo do direito sem compromisso com o efeito transformador da base material da Constituição".[173]

Como bem observa o professor Luiz Edson Fachin:

> Do descompasso entre o prodigioso discurso principiológico e a realização que o circunda, se extrai uma importante lição. Materializar a comunhão da teoria e da práxis na prospectiva efetivação de nossa Constituição é tarefa que ainda não se cumpriu. O desafio é a reconstrução da identidade do discurso jurídico diante do real, das condições materiais de vida, sem montagens efêmeras ou capengas. Poderá vir outra linguagem e outros significantes desde que essa nova genética seja realmente para construir, e não apenas para iludir.[174]

No caso brasileiro, as políticas públicas na área da seguridade social (saúde, assistência e previdência), por exemplo, são deficitárias. Não é preciso esforço para perceber-se que o nosso sistema de saúde está muito aquém do que se faz mister para a implementação do direito fundamental à saúde da comunidade. O atendimento é precário, não há hospitais em número suficiente e o fornecimento de medicamentos não atende satisfatoriamente à demanda.[175] No sistema de previdência, da mesma forma, há uma nítida tendência de limitação de direitos reconhecidos e positivados, de modo que a própria constitucionalização dos direitos sociais não os imuniza contra a *reversibilidade*.

---

[172] Passamos, pois, da *crise de reconhecimento* dos direitos para a *crise de efetividade*; já não se busca mais o reconhecimento e a justificação dos direitos do homem, e sim a sua proteção. O problema não é mais filosófico, mas sim político (BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Traduzido por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 24).
[173] FACHIN, Luiz Edson. A Constituição nossa de cada dia. *Jornal Carta Forense*. abr. 2011. p. 16.
[174] FACHIN, *idem*, *ibidem*.
[175] Ver, a propósito, recente relatório do Tribunal de Contas da União sobre o sistema público de saúde no Brasil, mostrando uma profunda desigualdade regional e uma abissal distância dos padrões observados nos países desenvolvidos que integram a OCDE. Consultar a integra da pesquisa em: http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/imprensa/noticias/noticias_arquivos/032.624-2013-1%20Fisc%20Saude.pdf.

12 A PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL – PRINCÍPIO JURÍDICO OU UTOPIA?

A limitação da liberdade do legislador ocorre de dois modos nos textos constitucionais (dirigentes): de um lado, mediante o dever de legislar em favor dos direitos fundamentais sociais; de outro, por meio do controle que os tribunais exercem, não apenas sobre o aspecto formal (procedimental) da elaboração das leis, mas, também, sobre o seu conteúdo material, no âmbito das limitações interpretativas, incorporando e zelando pelos valores previstos na Constituição, enquanto reconstrução do próprio Estado perante a sociedade.

A vedação de retrocessos sociais, se aceita como princípio constitucional, representa que estarão vedadas todas as formas de mutações constitucionais que limitem os direitos sociais, seja mediante práticas estatais que violem, formalmente ou materialmente, a Constituição, seja pela imposição de óbices ao exercício de tais direitos, seja mediante interpretação que empreste sentido diverso do idealizado aos conteúdos constitucionais dos direitos sociais.

O assunto é polêmico nos planos teórico e jurisprudencial. Autores brasileiros e lusitanos de nomeada, como Ingo Sarlet, Jorge Miranda, Vieira de Andrade, Paulo Otero e Canotilho, reconhecem a proibição de retrocesso social. Esse último, por todos, sustenta que "o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado por meio de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzem, na prática, em anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial".[176]

Se é certo que devemos refletir sobre as possibilidades materiais do Estado do Bem-Estar Social, que "não pode ser mais do que pode ser", não menos certo é que qualquer abordagem séria não pode olvidar que, no caso brasileiro, a Constituição de 1988 veda, no art. 60, parágrafo 4º, inciso IV, alterações no seu texto tendentes a abolir direitos fundamentais, e, sobretudo, que a exegese corrente deste dispositivo constitucional não se limita ao processo legislativo, encontrando integral operacionalidade no campo hermenêutico para limitar as interpretações que conduzam ao mesmo resultado proscrito.

---

[176] Em outros trabalhos, Canotilho relativiza seu discurso apontando para a insustentabilidade do princípio da *não reversibilidade social* na crise econômica do Estado Social, sobretudo em face da bancarrota da previdência social, embora advirta não haver motivo para os princípios do Estado de Direito não valerem diante de eventuais "desarrazoabilidades" legislativas, é dizer, quando as soluções legislativas representarem uma desproporcionada e retroativa afetação de direitos subjetivos radicados (CANOTILHO, J. J. G. Metodologia "fuzzy" e "camaleões normativos" na problemática atual dos direitos econômicos, sociais e culturais. *In*: CANOTILHO, J. J. G. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 111).

No contexto da ideologia ultraliberal abandonaram-se os fundamentos jurídicos mais consistentes que poderiam macular e até descaracterizar o caráter principiológico da proibição de retrocessos sociais, tais como o princípio democrático, a hierarquia das normas e a necessidade de conferir-se eficácia ao sistema dos direitos fundamentais, para concentrar-se em um argumento de ordem econômica: *a reserva do possível*.[177]

As limitações à eficácia dos direitos fundamentais sociais contidas na reserva do possível, indo ao encontro do programa ultraliberal, não escondem o seu caráter eminentemente econômico. É um discurso econômico banalizado que corrompe o código do sistema do jurídico (direito-não direito). Se é certo que os direitos sociais têm um custo econômico, não menos certo é que esse custo representa uma questão externa ao próprio reconhecimento do direito, condicionante de sua eficácia social.[178]

Nessa perspectiva, ao que pensamos, dever-se-ia operar a partir de algumas premissas distintivas: *i*) no plano do reconhecimento, no modelo de Estado Constitucional Social Democrático de Direito, a reserva do possível é indiferente (não se deve associar a estrutura jurídica do direito com o seu financiamento);[179] *ii*) no plano da legislação infraconstitucional, o legislativo, no âmbito da sua reserva de competência, vincula-se às regras e princípios constitucionais (à juridicidade), devendo prover sobre o custeio respectivo dos direitos sociais; *iii*) no plano do Executivo é que se pode avaliar a capacidade financeira de Estado efetivar os direitos sociais, até o limite do seu núcleo ou conteúdo essencial; e *iv*) no plano jurisdicional, a reserva do possível constitui uma *tese defensiva* que precisa ser comprovada, incumbindo a quem a alega o ônus de comprová-la atuarialmente, não sendo bastantes abstrações do tipo "o orçamento público é deficitário, está comprometido como outras políticas públicas mais relevantes", "a seguridade social irá à bancarrota", quando não demonstradas.[180] O compromisso da Justiça Social não deve ser com a minimização, mas com a maximização.

---

[177] Ver, a propósito, NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *O princípio de proibição de retrocesso social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010.

[178] Cass Sustein e Stephen Holmes afirmam que não são apenas os direitos de liberdade positiva que têm custo para o Estado, também os direitos negativos. De rigor, todos os direitos reconhecidos são positivos, na medida em que demandam alocação de recursos, direta ou indiretamente, embora nem todos se submetam às limitações da reserva do possível (SUSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. *The costs of the rights: why liberty depends on taxes*. NY-London: V. W. Norton & Company, 1999. p. 43).

[179] Pérez Luño situa o problema na fixação dos objetivos básicos do Estado Constitucional de Direito, consubstanciando um sentido ético garantista de reconhecimento dos direitos fundamentais (valores éticos da pessoa) a impedir tanto o retrocesso social como o crédito ilimitado às alegativas vazias de insuficiência financeira (PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y Constituición.* 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005. p. 631-632).

[180] Sarlet mostra que é dever do Estado otimizar seus recursos voltados à satisfação dos direitos sociais, que não podem ser relevados por simples alegações de escassez de recursos, nem mesmo por real escassez no âmbito da normalidade (SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 380-385).

Dessarte, com Netto, entendemos que a reserva do possível, em situações de normalidade, não legitima constitucionalmente que se debilite a eficácia de direitos sociais, a ponto de retirar-lhes sua eficácia prestacional essencial, não sendo, portanto, óbice ao reconhecimento do princípio da proibição de retrocesso social.[181]

Não enxergo na efetivação de direitos fundamentais colisão entre interesses individuais e coletivos (da maioria, segundo o raciocínio utilitarista), à míngua também de um elemento de concretude. Só há conflito concreto. O interesse coletivo contido na contingência de recursos públicos (leia-se: economia de dinheiro público ou verbas orçamentárias) e todo o mais que inspira o raciocínio utilitarista da *reserva do possível* constituem, no mais das vezes, presunção abstrata e artificial, e não elemento concreto, dado real, embora se aceite uma perspectiva jurídica da reserva do possível (artificial) – ao lado da fática – que traduz a ausência de previsão da despesa na lei orçamentária, contingência que a dogmática tem superado com a criação do chamado núcleo essencial dos direitos sociais, que ficam sempre à margem da reserva do possível.

13. O PARADOXO REDUCIONISTA DO MÍNIMO EXISTENCIAL: ARTIFÍCIO SUBALTERNIZANDO OS DIREITOS SOCIAIS?

A ideia de recortar o núcleo essencial dos direitos sociais constitui hoje uma categoria central da dogmática jurídico-constitucional que se coloca como último baluarte de garantia contra as leis e medidas restritivas desses direitos. Talvez represente mesmo a tábua de salvação do Estado do Bem-Estar Social no contexto de escassez financeira.

Canotilho reconhece que o núcleo essencial desempenha um papel relevante na garantia dos direitos, mas adverte que a doutrina e a jurisprudência abraçaram uma posição cada vez mais conservadora: *i*) as prestações existenciais partem do mínimo para uma existência minimamente condigna; *ii*) são consideradas mais como dimensões de direitos, liberdades e garantias (direito à vida, direito ao desenvolvimento da personalidade, direito ou princípio da dignidade da pessoa humana) do que como elementos constitutivos de direitos sociais; e *iii*) a posição jurídico-prestacional assenta primariamente em deveres objetivos, *prima facie* do Estado, e não em direitos subjetivos prestacionais derivados diretamente da constituição. Tal como se poderá ver na retórica argumentativa do Tribunal Constitucional Português no caso referente ao rendimento social de inserção (Ac. 590/02), a jurisprudência reconduz o direito ao rendimento social de inserção à ideia de “conteúdo mínimo do direito a

---

[181] NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *O princípio de proibição de retrocesso social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 165.

um mínimo de existência condigna” e acaba por colocar entre parêntesis os próprios direitos econômicos, sociais e culturais. A metódica jurisprudencial tende a transformar-se em uma metodologia funcional de obtenção de vencimento decisório.[182]

Embora importante e indispensável, no Brasil e na Europa, a ideia da renda básica transforma a lógica do Estado de Bem-Estar Social em *lógica da esmola*. Avilta de forma drástica, no plano subjetivo-quantitativo, os direitos sociais, agora mera filantropia do Estado aos que se encontram abaixo do umbral da miséria. Mas, embora utópico, não custa lembrar que "*La fortaleza del modelo nórdico descansa precisamente sobre los 'beneficios' que el sistema aporta a toda la sociedad y no solo a aquellos que encuentran en risco de exclusión o como último recurso*", disse Burgaya.[183]

14 O PARADOXO DA HIPERTROFIA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: UM METADISCURSO PERIGOSO

Mostra Canotilho que o arquétipo antropológico baseado na centralidade do indivíduo enquanto pessoa, cidadão e trabalhador deslocou-se para a acentuação da dignidade da pessoa como princípio fundadora da sociedade, mas, simultaneamente, dessubstantizador da autonomia jurídico-constitucional dos direitos sociais. A hipertrofia da dignidade da pessoa humana, refletida na jurisprudência constitucional portuguesa, aponta para o “esvaziamento solidarístico”:

> O *leading case* é o Acórdão nº 509/02 do Tribunal Constitucional Português sobre o rendimento de inserção social que veio alterar o anterior regime do rendimento mínimo garantido. O cerne argumentativo do Tribunal acabou por ser o da conformidade ou não do regime legislativo definidor do subsídio de inserção social com o princípio jurídico-constitucional fundante da dignidade da pessoa humana. Esse princípio postularia sempre um agasalho prestacional assegurador de uma existência minimamente condigna. A dignidade da pessoa só seria afetada se o regime jurídico-legislativo não garantisse os “mínimos” da dignidade. O problema é que a estratégia discursiva do Tribunal, sob a

[182] CANOTILHO, J. J. G. O Direito Constitucional como ciência de direção: o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da "constituição social"). *R. Trib. Reg. Fed. 4ª Reg*. Porto Alegre, ano 19, n. 67, p. 15-68, 2008. p. 33.
[183] BURGAYA, *op. cit.*, p. 233.

aparente solidez da dignidade da pessoa humana, acaba por proceder à redução eidética da socialidade, colocando entre parênteses os direitos econômicos, sociais e culturais. Em toda a sua radicalidade, a orientação do Tribunal conduziria a este resultado desolador: não há direitos sociais autonomamente recortados, mas refrações sociais da dignidade da pessoa humana aferida pelos *standards* mínimos da existência.[184]

15 A UTOPIA DO MODELO JUDICIAL DO JUIZ HÉRCULES QUE LEVA SOB OS OMBROS O ESTADO DE BEM-ESTAR

No paradoxal cenário que apontamos, o entrechoque de ideias e de interesses marca a judicialização das relações sociais e econômicas e a politização da justiça. Mais do que nunca, os juízes são chamados a decidir sobre questões sociais e políticas, muitas vezes diante de situações em que pessoas situadas nos umbrais da pobreza e da miserabilidade vêm mendigar apenas por condições de sobrevivência, porque nada mais lhes foi possível obter diante do Estado minimalista e miniaturizado. Este é o dilema que os juízes têm de solver todos os dias, diante das tendências de desmantelamento do Estado Social.

François Ost recriou, na perspectiva pós-moderna, modelos de juiz baseados na mitologia grega: os juízes Júpiter, Hércules, Hermes[185] e Janus.[186]

Júpiter é o juiz positivista, que adota o modelo piramidal de ordem jurídica, nos moldes kelsenianos. O direito é a lei estatal. Não consegue escapar do sagrado e da transcendência, baldadas as tentativas, e manifestamente entrou em desuso. Corresponde esse modelo piramidal às exigências do Estado Liberal do século XIX.

Hércules é o juiz que aparece no modelo iconoclasta que faz da sua figura a fonte única do direito válido e eficaz (Dworkin disse não ser Hércules um tirano usurpador que tenta enganar o povo, privando-o do seu poder democrático).[187] Esse juiz inspirou as correntes realistas, especialmente o realismo norte-americano que influenciou a magistratura brasileira e

---

[184] CANOTILHO, J. J. G. O Direito Constitucional como ciência de direção: o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da "constituição social"). *R. Trib. Reg. Fed. 4ª Reg*. Porto Alegre, ano 19, n. 67, p. 15-68, 2008. p. 21.
[185] OST, François. *Júpiter, Hércules, Hermes*: tres modelos de juez. Disponível em: <http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10681/1/doxa14_10.pdf>. Acesso em: 23 out. 2012.
[186] TEUBNER G. The two faces of Janus: rethinking legal pluralism. *Cardozo Law Review*, 1992. p. 1.443-1.462.
[187] "Quando intervém no processo de governo para declarar inconstitucional alguma lei ou outro ato do governo, ele o faz a serviço de seu julgamento mais consciencioso sobre o que é, de fato, a democracia e sobre o que a Constituição, mãe e guardiã da democracia, realmente quer dizer" (DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 476).

suas vertentes da jurisprudência sociológica. Corresponde esse modelo de "embudo" às exigências do Estado Social ou assistencial do século XX.[188]

Ost diz que nada será perdoado ao juiz assistencial, que precisa resolver todos os tipos de problemas, estar em todas as frentes, incluindo relativizar o mito da supremacia do legislador. É responsável pela criação do direito, que se resume à materialidade do fato, apesar de ser o melhor modelo de juiz para a solução dos problemas sociais. Ameaçado de transformar-se utópico, sobretudo diante da sua impotência para continuar cumprindo seu papel, tende a ficar hipostasiado e corre o risco de não sobreviver diante do novo modelo, o do juiz Hermes.

O juiz Hermes, "o Mensageiro dos Deuses", está sempre em movimento, está no céu e no inferno, ao mesmo tempo. Ocupa resolutamente o vazio entre as coisas e assegura o trânsito de umas e de outras.[189] É o juiz da pós-modernidade, aberto à negociação, e que, por isso, não tem muito a ver com a solução das questões sociais. Sendo o juiz do consenso, do pluralismo e da mundialização, vai enfrentar problemas diante do desequilíbrio de forças que caracteriza as relações sociais e econômicas em geral, principalmente no Brasil.

A figura mítica do deus romano Janus, o guardião de portas e portões do começo e do fim, simboliza o pluralismo. Como Janus, tem duas faces: o direito, como discurso, operando fechado aos demais discursos, mas deles dependendo: "os fenômenos do pluralismo são, ao mesmo tempo, normas sociais e regras jurídicas, direito e sociedade, formais e informais, orientados por normas e espontâneos".

O Estado do Bem-Estar europeu construiu-se sob os ombros do Juiz Hércules, muito mais na jurisprudência do que positivado. Cruz e Oliviero apontam o vazio normativo e a ausência de políticas legislativas como responsáveis pelo "fenômeno de reforço normativo do tipo jurisprudencial, a ponto de se poder afirmar que a existência de alguns direitos, não só os sociais, é muito mais fruto de um trabalho de criação judicial do direito do que de movimentos coordenados de governos ou de autoridades europeias".[190]

Ocorre que a jurisprudência, embora tenha um papel fundamental na concretização dos direitos fundamentais, além de atender às demandas sociais de forma fragmentada e atomizada (não molecular), não imuniza os direitos sociais reconhecidos contra o retrocesso nos momentos de crise econômica, é dizer, não garante a sustentabilidade.

---

[188] OST, François, *idem*, *ibidem*.
[189] OST, François, *idem*, *ibidem*.
[190] CRUZ, Paulo Márcio; OLIVIERO, Maurizio. Reflexões sobre a crise financeira internacional e o Estado de bem-estar. *Revista Direito Mackenzie*, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 198-213, 2012.

FECHO CONCLUSIVO

Sobretudo, não concluir, mas, sim, encaminhar reflexões. Poderia ficar por páginas a fio escrevendo sobre utopias e paradoxos do Estado Social. Deixei de dizer, *v.g.*, que o capitalismo exige garantias políticas, sociais, econômicas e jurídicas para os seus empreendimentos, quer ter a segurança que somente lhe podem oferecer as funções do Estado. Então, ao mesmo tempo, quer se autorregular e quer também que o Estado o faça. Quer pouca regulação, alguma regulação e às vezes muita regulação. Quer contar com atividade estatal protetiva forte, sobretudo contra a concorrência desleal, mas exige carga tributária e políticas aduaneiras amigáveis, condições de possibilidade daqueles serviços. Necessita um direito civil eficaz na proteção das suas propriedades (patrimônio), mas um direito do trabalho com tênue regulação (flexível); exige um Poder Judiciário ágil na cobrança de suas dívidas e com previsibilidade, mas vinculado ao eficientismo econômico que solapa as forças do direito (principalmente da Constituição), seu instrumental de trabalho. Precisa de mão de obra barata, como condição de investimento, mas mercados consumidores com capacidade de compra, contraditoriamente. Quer dominar todos os mercados e ao mesmo tempo sustenta a presença do Estado onde a lucratividade é baixa. Quer o fim do Estado Social, mas não assume as suas despesas, aliás, aceita que o Estado Social pague a conta do seu banquete. Assuntos que, devido ao limite do presente ensaio, ficam inconclusos e seu desenvolvimento deixo para uma oportunidade futura.

Ninguém se iluda! A defesa liberal da retirada do Estado, descartável como elemento de coesão social e substituível no poder coercitivo, não consegue esconder uma ideologia neoliberal, nem sempre perceptível, de assunção de todos os mercados lucrativos. Não causa estranheza a proposta finalista, quando se percebe que o embate Estado social *versus* capitalismo de mercado é uma disputa puramente mercadológica, uma briga concorrencial. Os Estados do pós-guerra assumiram os serviços públicos essenciais e outros não tão essenciais, atuam mesmo como verdadeiros agentes econômicos sem qualquer pudor (Estado especulador, investidor, parceiro etc.). Se ficarmos apenas nos serviços públicos essenciais que hoje são oferecidos pelo Estado a custo baixo ou gratuitamente (saúde, segurança, educação, transportes públicos e até mesmo justiça), vamos ver que eles despertam a cobiça capitalista. São rentáveis fatias do mercado que estão sendo mal geridas pelo Estado perdulário e que passariam a ser oferecidas remuneradamente pela iniciativa privada. São serviços e bens que podem ser adquiríveis segundo as regras do mercado. Tudo estaria certo,

se isso não gerasse exclusão social. Esse é o ponto: novamente, apenas quem puder pagar pelos serviços poderá deles desfrutar! Estamos ou não diante de retrocessos sociais?

Fosse possível neste momento difícil encaminhar uma sugestão para a salvação do Estado Social português, diria que a consolidação dos direitos sociais na Europa passa pelo fortalecimento do bloco regional (UE), o que pressupõe a superação do egoísmo nacional e a alavancagem das ideias de integração, solidariedade e cooperação, com a implantação de um federalismo autêntico.[191] As nações mais ricas do bloco devem solidarizar-se com as mais pobres, empenhando-se na concepção de um modelo padrão de Estado Social, sobretudo que não dependa tanto ou apenas das possibilidades dos Estados isolados. São possíveis alternativas: *i*) a redefinição estrutural da organização política da União Europeia (a Alemanha será o centro decisório da UE?);[192] *ii*) a (re)estruturação financeira caracterizada por critérios de unidade fiscal[193] e orçamental (não só monetária) e a adoção de instrumentos flexíveis de equilíbrio orçamentário; *iii*) o redesenho dos paradigmas de equidade e justiça social; *iv*) a atuação firme do Poder Judiciário, tanto da Corte da Justiça Europeia como dos tribunais nacionais, sobretudo os constitucionais, enquanto guardiões dos direitos sociais, custem o que custar, mesmo que para isso necessitem dispor sobre a complementação e até mesmo a criação de políticas públicas, poder jurisdicional que o STF brasileiro não titubeou em reconhecer aos nossos juízes (ADPF nº 45);[194] e *v*) uma (re)definição dos direitos fundamentais de modo que as dimensões “negativa” e “positiva” fiquem no mesmo plano.[195]

---

[191] "Os grandes países europeus recusaram todos empenhar-se em direção ao modelo federal, e os defensores da integração econômica têm razão ao sustentar que ainda está muito longe de estar realizada, em particular no domínio orçamental, e por consequência no domínio dos direitos sociais" (TOURAINE, Alain. *Depois da Crise*. Tradução de João Duarte. Lisboa: Piaget, 2012. p. 158).

[192] Ver, a propósito, BECK, Ulrich. *A Europa alemã. De Maquiavel a "Merkievel"*: estratégias de poder na crise do euro. Lisboa: Edições 70, 2013.

[193] A UE deveria dispor de uma política fiscal para distribuir os recursos financeiros a uma região em recessão para estimular a demanda, já que os membros da zona do euro não podem recorrer a políticas monetárias independentes para se livrar de uma recessão induzida por choque, ficando, por exemplo, desobrigados de adotar medidas fiscais de cortes de impostos e obras para estimular a demanda.

[194] No mesmo sentido, o Tribunal Constitucional Federal alemão concede a proteção aos direitos fundamentais sociais toda vez que houver omissão do legislador no seu dever de proteção constitucionalmente estabelecido ou quando, mesmo atuando, tenha permanecido aquém dos limites estabelecidos (proibição de insuficiência) ou além (proibição de excesso).

[195] O Tribunal Constitucional português, por exemplo, embora represente a grande barreira contra o desmanche do Estado Social e o principal órgão de soberania nacional, impedindo que se instale um estado de exceção, com a suspensão da Constituição, parece manter-se tímido quanto à força normativa da Constituição sobre os direitos fundamentais sociais, aplicando os princípios inerentes estritamente. As suas decisões ficam na distinção de tratamento, na mesma linha da dogmática, entre direitos, liberdades e garantias e diretos sociais, econômicos e culturais. São inúmeros os precedentes nesse sentido, sustentando a primazia dos direitos de garantia. Fico com a posição de quem, a despeito da redação do art. 18 da Constituição portuguesa, como Canotilho e Cristina Queiroz, superam a dicotomia citada, no sentido de uma unidade de tratamento a partir do espaço jurídico-constitucional. Esta última sustenta uma leitura que “ligue a 'liberdade negativa' à 'liberdade positiva', rompendo com a tradição decimonônica entre um conceito de 'liberdade em face do Estado' (*liberty from government*) e um conceito de 'liberdade através do Estado' (*liberty through government*)" (QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais Sociais*. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 24).